

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

LA FONCTION PUBLIQUE

D'APRÈS

LA LÉGISLATION ALLEMANDE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

A. KAMMERER

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1898

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

LA FONCTION PUBLIQUE

D'APRÈS

LA LÉGISLATION ALLEMANDE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le vendredi 28 octobre 1898, à 9 h. 1/2

PAR

A. KAMMERER

Président : M. LARNAUDE.

*Suffragants : { MM. CHAVEGRIN, professeur.
PIÉDELIÈVRE, agrégé.*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1898



LA FONCTION PUBLIQUE

D'APRÈS

LA LÉGISLATION ALLEMANDE

INTRODUCTION

Les fonctionnaires constituent aujourd'hui une classe importante de la population d'un État ; ils y jouent, comme agents d'exécution de ses volontés, un rôle considérable destiné à devenir de plus en plus prépondérant à mesure que leur nombre augmente. Les tendances de l'État qu'ils incarnent en quelque sorte, étant aujourd'hui nettement orientées vers une extension progressive de sa sphère d'action, il est impossible de dire où s'arrêtera leur importance.

L'État avait en effet autrefois des attributions fort restreintes qui se bornèrent d'abord purement à la défense armée du sol. Pendant de longs siècles, la fonction militaire fut la seule fonction publique ; les autres attributs de la souveraineté appartenaient aux citoyens, et plus tard, aux potentats féodaux, demi-souverains. Ce fut le rôle des grandes monarchies, de rétablir peu à peu un pouvoir unique et fort.

Quand l'État, dans l'acception moderne du mot, fut ainsi reconstitué, il ne s'arrêta plus dans la voie de la centralisation. Entraîné par le progrès qui amène avec lui une complication croissante du mécanisme de la vie publique, il ne se contenta plus de son rôle modeste et se mit à empiéter sur le domaine de l'activité privée. Afin de mieux assurer le fonctionnement de certaines institutions d'intérêt général, il se chargea lui-même de les organiser et de les administrer. C'est en vertu de cette tendance que nous le voyons aujourd'hui entreprendre de grands travaux publics comme l'établissement de chemins de fer, monopoliser les postes, télégraphes et téléphones, installer des manufactures d'armes, de poudre, de tabac, des chantiers de constructions maritimes. Toutes ces entreprises, où l'intérêt général domine, sont aujourd'hui considérées comme des services publics, mais il n'en est plus ainsi quand il s'agit, par exemple, des institutions de prévoyance et de crédit, comme les caisses d'épargne, de retraites, les assurances et les banques. Jusqu'alors, le public se trouvait en présence de la concurrence libre ; mais l'État est intervenu, d'abord pour la réglementer, puis pour la supprimer, et se substituer, à elle, au moins en partie. L'exemple le plus marquant nous en est fourni par l'Allemagne, où les assurances ouvrières contre la maladie, les accidents du travail, l'invalidité et la vieillesse sont devenues depuis les lois de 1883, 84 et 89, de véritables institutions d'État, obligatoires pour tous patrons et ouvriers, et ayant nécessité la création d'une foule d'organes et de bureaux de surveillance. Tantôt, ces assurances sont simplement obligatoires, mais contractées à des caisses privées, sous la surveillance d'un certain nombre d'agents de l'État, tantôt l'État or-

ganise lui-même des caisses administrées directement par ses fonctionnaires et nécessitant l'existence d'une véritable armée d'employés. Des assurances de ce genre existent contre l'incendie, en Allemagne, où quelques États, parmi lesquels le Royaume de Saxe, jouent eux-mêmes le rôle d'assureurs.

On voit par ces exemples qui pourraient être multipliés à l'infini, que les fonctions de l'État augmentent de jour en jour, et la conséquence de cette marche ascendante est une extension parallèle du nombre des fonctionnaires : à chaque service nouveau correspond nécessairement un corps nouveau d'agents exécutifs. Peu à peu ces derniers sont devenus si nombreux qu'ils ont formé une catégorie à part dans la population, une véritable classe sociale.

L'importance de cette tendance, qui dans certains États prend des proportions dangereuses, réside dans l'augmentation parallèle des traitements et pensions payés aux fonctionnaires et qui atteignent des sommes énormes. Quelques chiffres permettront de juger plus nettement l'étendue de cet accroissement.

Des statistiques récentes de M. Turquan (1) ont établi que le nombre des fonctionnaires a augmenté en France de plus du double en cinquante ans, tandis que la population est restée presque stationnaire ; on comptait :

				Traitements.	
en 1846 un total de 188.000 fonctionnaires touchant 245 millions					
— 1858	—	217.000	—	—	270. —
— 1873	—	285.000	—	—	400 —
— 1886	—	330.000	—	—	~~450~~ —
— 1896	—	400.000	—	—	616 —

A ce nombre il faut encore ajouter 130.000 fonctionnaires départementaux et communaux, soit une population totale

(1) Cf. *Journal des Economistes* du 15 octobre 1897, p. 151.

de 530.000 fonctionnaires. Il faut également ajouter aux 616 millions de traitements touchés par les 400.000 fonctionnaires de l'État, 70 millions de pensions dont 25 il est vrai sont couverts par les retenues sur les fonctionnaires. Les charges réelles du budget français n'en sont pas moins de 661 millions par an.

Dans les États récents, l'accroissement est comme on peut s'y attendre encore plus rapide. C'est ainsi qu'il y avait aux États-Unis :

12.600 fonctionnaires fédéraux en 1802.			
32.500	—	—	1850.
85.800	—	—	1870.
124.000	—	—	1881.
200.000	—	—	1895.

La population de 1880 à 1890 n'a augmenté que de 24 % tandis que le nombre des fonctionnaires a augmenté de 47 %.

Il y avait au Brésil 42.300 fonctionnaires en 1890 et 53.300 en 1897, ce qui représente une augmentation de 40 %, tandis que les traitements ont passé de 102 millions à 280 millions de francs, ce qui fait 170 % d'augmentation, résultat presque incroyable.

Dans la République Argentine les fonctionnaires étaient en 1864 au nombre de 12.300 et en 1896 il y en avait 44.000 : les traitements en 1864 étaient de 15 millions et ceux de 1896 montèrent à 200.000 millions de francs, ce qui représente une somme presque 13 fois 1/2 plus élevée (1).

En Suisse également, où le peuple est très opposé à la bureaucratie, le nombre des fonctionnaires est à la veille de tripler brusquement par suite du rachat des

(1) *Journal des Débats* du 12 novembre 1897.

chemins de fer décidé récemment. On compte actuellement 12.500 fonctionnaires de la Confédération, tandis que les chemins de fer à eux seuls en comportent de 20 à 25.000.

Nous n'avons pas l'intention d'étudier au cours de ce travail la question du fonctionnarisme au point de vue économique ou social, mais simplement au point de vue juridique : nous ne nous occupons donc pas de savoir si cet accroissement est un bien ou un mal ; ces chiffres ont simplement pour but de montrer l'importance d'une pareille question dans un État. Ce n'est pas une mince affaire que de régler la situation légale d'un tel nombre d'individus. S'imposant des charges aussi lourdes pour être servi, l'État a le devoir de prendre toutes ses précautions pour l'être bien : aussi cherche-t-il à se procurer des fonctionnaires intègres et obéissants, susceptibles d'accomplir ses volontés promptement et fidèlement. Il doit leur assurer une situation convenable qui attire les candidats capables, mais il doit aussi sauvegarder les droits du public qui veut être garanti contre leurs excès possibles, en raison de la puissance dont ils sont investis. Pour cela, il a recours à la loi.

Etablir un équilibre harmonieux entre les intérêts de l'État, des fonctionnaires et des particuliers, telle est la lourde tâche que doit résoudre la législation sur les fonctionnaires : la solution n'en est pas toujours aisée, comme le prouvent les lacunes que présentent beaucoup de législations sur ce point. Dans les États qui ont un long passé historique, la situation des fonctionnaires a été réglée peu à peu d'une façon empirique, chaque époque apportant sa pierre à l'édifice : il en est résulté l'incohérence dans les principes et par suite le manque de coordination dans les actes législatifs.

Les États jeunes, au contraire, où tout est à créer, n'ont pas à lutter contre des traditions péniblement acquises. Trouvant devant eux table rase, ils peuvent, quand ils veulent se donner des lois, faire abstraction de tout préjugé, étudier avec soin les législations voisines pour en comparer les avantages et les inconvénients, et enfin adopter ce qui leur paraît le meilleur, ou bien même inaugurer des principes entièrement nouveaux.

La France appartient au premier de ces groupes d'États ; l'Allemagne appartient au second. Après que l'Empire allemand eut été proclamé en 1871, il songea à doter son administration d'une loi réglant dans tous ses détails l'état des fonctionnaires ; il s'inspira pour cela de la législation d'un de ses membres, la Prusse, et l'accepta dans ses grandes lignes, se bornant simplement à systématiser dans une seule loi l'ensemble de ses dispositions éparses. Tous les États secondaires de l'Union allemande ont depuis promulgué de nouvelles lois sur les fonctionnaires, basées sur la loi d'Empire, de sorte qu'il y a en Allemagne aujourd'hui une législation uniforme, sinon unitaire. Les principes généraux en sont partout les mêmes, seuls quelques détails peuvent varier du sud au nord.

Le but de cet ouvrage est précisément de faire connaître la législation allemande sur les fonctionnaires. Ses règles sont très différentes de celles que l'on pratique partout ailleurs, et plus spécialement en France. A la prendre dans son ensemble, elle est très rationnelle et très moderne. Elle résout d'une façon heureuse les divers problèmes qui se posent à propos de la fonction publique. Il nous a semblé qu'il n'était pas sans intérêt de l'étudier en détail, et de la faire connaître en France où elle est à peu près ignorée. C'est la tâche que nous allons entre-

prendre maintenant, mais auparavant, et pour mieux expliquer la conception spéciale que les Allemands se font de la fonction publique, nous entrerons en matière par un court historique des fonctionnaires publics en Allemagne, puis nous étudierons quelques questions touchant à la nature même du fonctionnarisme, et qui ont soulevé de l'autre côté du Rhin des débats centenaires parmi les jurisconsultes (1).

(1) On trouvera à la fin de ce travail, en appendice, une traduction de la loi du 31 mars 1873, le texte le plus important en ce qui concerne la question du service public, et qui a régi en Allemagne dans ses plus petits détails, la situation des fonctionnaires impériaux.

CHAPITRE PREMIER

DÉVELOPPEMENT DE LA FONCTION PUBLIQUE EN ALLEMAGNE*.

Toutes les institutions modernes sont le résultat d'une évolution historique. C'est pourquoi un coup d'œil en arrière sur les fonctions publiques ne peut qu'éclairer leur situation actuelle et leur nature.

*Sources de ce chapitre.

- ADLER. — *Die Organisation der Centralverwaltung unter Maximilian I.*
EICHHORN. — *Deutsche Staats-und Rechtsgeschichte*, 2^e édition, 1821, II, § 308 ; III, § 430 ; IV, § 59.
D'ELVERS. — *Zur österreichischen Verwaltungsgeschichte mit besonderer Rücksicht auf die böhmischen Länder* (Schriften der hist-stat. Sektion der Mähr. Schles-Gesellschaft). Livre 24, 1880, p. 431-435.
ISAACSOHN. — *Geschichte des preussischen Beamtenthums*, 3 vol., 1874, 78 et 84.
LÖNING. — *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts*, 1884, § 8, p. 37 et § 23, p. 108.
GEORG MEYER. — *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*. Leipzig, 4^e édit., 1895, § 142, p. 429.
REHM. — *Die rechtliche Natur des Staatsdienstes nach deutschem Staatsrecht* dans les *Annalen des deutschen Reiches*, de Hirth. Munich : année 1884, p. 568-582.
ROSENTHAL. — *Die Behördenorganisation Kaisers Ferdinands I.*, dans les *Archiv für österreichische Geschichte* : vol. 69, Vienne, 1887.
SCHMALZ. — *Das deutsche Staatsrecht*. Berlin, 1825 : § 172 et 176 et 321-333.
SCHMOLLER. — *Der preussische Beamtenstand unter Friedrich-Wilhelm I.*, dans les *Preussische Jahrbücher*, vol. XXVI, année 1870, p. 148-172, p. 253-271, p. 538-556.
H. SCHULZE. — *Deutsches Staatsrecht*, 1881. Leipzig, I, p. 283.
H. SCHULZE. — *Preussisches Staatsrecht*, 2^e édit. Leipzig, 1888, I, p. 297-303.
SIEGEL. — *Die rechtliche Stellung der Dienstmannen in Oesterreich, im XII u. XIII Jahrhundert* dans le 102^e vol. des *Sitzungsberichte der K. K. Akademie der Wissenschaften, hist. phil. Sektion*, p. 274.
TEZNER. — *Die landesfürstliche Verwaltungspflege in Oesterreich, vom*

La fonction publique a toujours existé ; elle est de tous les temps et de tous les pays ; là où se trouve un embryon d'autorité existent aussi des organes pour exécuter ses volontés. Mais pour comprendre la fonction publique moderne il suffit d'en étudier les racines dans l'organisation du moyen âge, car lorsque se crée le système féodal, toutes les institutions antérieures sont mises de côté et oubliées : la notion compliquée de l'État romain et de son administration savante disparaît pour plusieurs siècles et un droit public entièrement original fait son apparition.

La féodalité a régné sur toute l'Europe ; la fonction publique découle donc à peu près partout des mêmes principes, mais son développement a été influencé par le génie propre de chaque race et par les circonstances particulières de l'histoire politique de chaque pays.

La situation des fonctionnaires publics a passé en Allemagne par trois phases délimitées entre elles par des événements tirés de l'histoire intérieure de la Prusse. C'est en effet dans ce pays que les fonctionnaires ont eu tout d'abord une position régulière, et c'est de là que les réformes se sont répandues peu à peu dans le reste de l'Empire.

La première phase qui va jusqu'à l'avènement de Frédéric I^{er} de Prusse (1713) correspond à l'époque où se constitue le premier noyau de fonctionnaires : à celle aussi où ils sont entièrement privés de droits, et où leurs devoirs sont encore vagues.

Anfang des 15^{ten} bis zum Ausgang des 18^{ten} Jahrhunderts dans la *Zeitschrift für das privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, de Grünhut, 24^e année, livraisons 3 et 4, 1897, p. 459.

C. TWESTEN. — *Der preussische Beamtenstaat* (dans les *Preussische Jahrbücher*, vol. XVIII, année 1866 : 1^{re} livraison, p. 1-39, 2^e livraison, p. 109-148.

La deuxième s'étend jusqu'à 1794, date de la première codification du droit concernant les fonctionnaires. Elle est caractérisée par la réforme impérieuse et brutale des abus. Le roi Sergent fait sentir en Prusse sa main de fer à toute l'administration aussi bien qu'aux simples sujets. Les devoirs des fonctionnaires deviennent rigoureux et certains ; leurs droits au contraire sont encore douteux et sans garanties.

La troisième période correspond aux temps modernes : c'est l'ère de la loi. La théorie des droits et devoirs du fonctionnaire se complète et prend sa forme définitive : désormais le fonctionnaire n'est obligé que par la loi, il est mis à l'abri de l'arbitraire des princes et des gouvernements.

§ 1. — Les fonctionnaires publics avant Frédéric-Guillaume 1^{er}.

I. — *Le système féodal et la fonction publique.*

Charlemagne, le fondateur à la fois de l'Empire d'Allemagne et du Royaume de France, avait autour de lui des fonctionnaires que l'on peut ranger en deux groupes : d'une part le Chancelier (*summus cancellarius*) et les grands officiers de la maison impériale, qui constituent avec l'empereur une sorte de conseil de gouvernement et d'administration centrale (1). De l'autre les envoyés, *missi*, ou *missi dominici*, généralement chargés deux par deux, un comte et un abbé, de la surveillance et de l'inspection d'une grande circonscription territoriale. Cette administration

(1) Esmein, *Histoire du Droit public français*, Paris, 1892, p. 67-69.

était fort régulière et subsista sous les premiers successeurs du grand empereur ; mais, encore puissante sous Louis le Pieux, elle s'affaiblit après les divers partages de l'Empire d'Occident, et dès lors, chaque partie de cet Empire ayant son prince séparé, il ne fut plus question d'une administration commune.

Avec les premières dynasties allemandes des empereurs saxons, franconiens et souabes, l'idée de l'État s'obscurcit considérablement et la féodalité, amenée fatalement par un état persistant d'anarchie, s'implanta rapidement dès l'avènement des Hohenstaufen. Le pouvoir central trop faible pour se faire respecter, ne pouvait empêcher les entreprises contre son autorité, et les fonctions publiques devinrent patrimoniales (1). Les empereurs avaient confié la gestion des grands districts territoriaux à des personnages de leur entourage qui prenaient alors le titre de ducs ou de comtes. Ce furent les premiers fonctionnaires. Ils n'étaient à l'origine que des administrateurs représentant le monarque, des Statthalter, mais ces délégations de pouvoirs furent assimilées à des faveurs, et considérées comme des collations de bénéfices : de même que ces derniers elles furent d'abord à vie, puis tendirent à devenir héréditaires.

Les hauts personnages ainsi pourvus de vastes provinces et de toute l'autorité publique nécessaire pour les administrer agirent eux-mêmes vis-à-vis de leurs familiers comme le prince l'avait fait avec eux : ils démembrement à leur tour leur puissance, et en remirent les parcelles à des vassaux. Du haut en bas de l'échelle sociale d'alors, se produisit le morcellement, si bien qu'au commencement

(1) Esmein, *op. cit.*, p. 139-140.

du XII^e siècle la féodalité était complètement organisée. Les grands feudataires cessèrent alors d'être des fonctionnaires. Leur rapport avec le prince changea de nature : il résida dans le serment spécial de l'hommage et leurs propres vassaux furent envers eux dans un lien identique.

Dans ces innombrables fiefs, quelquefois minuscules, il n'y a plus de fonctionnaires publics : l'idée même du droit public a disparu. Tous les services sont devenus des services privés du prince, qu'il n'exerce le plus souvent qu'au point de vue fiscal. Ceux qui sont chargés de les remplir sont des serviteurs privés, que l'on ne peut, en droit, distinguer des domestiques de sa maison. Ce sont le plus souvent des membres de la petite noblesse, et ils se trouvent dans son étroite dépendance (1).

En un mot il n'y a plus de service public : c'est une période de véritable anarchie à tous les points de vue : elle dure jusqu'au commencement du XIV^e siècle.

Mais l'excès du mal devait engendrer le remède. La division du territoire était portée à l'extrême, et les droits des seigneurs presque absolus sur leurs domaines. Les grands feudataires avaient démembré l'Empire à leur profit, ils cherchèrent à reconstituer maintenant entre leurs mains l'autorité publique disparue par la hiérarchisation des terres inférieures.

Pour cela, il fallait poursuivre concurremment deux buts :

1^o Former des territoires suffisamment vastes pour qu'ils constituassent des États, et pour cela faire rentrer dans leur pleine dépendance leurs vassaux subalternes et indisciplinés : c'était l'œuvre de la force. Elle fut accom-

(1) Cf. H. Schulze, *Preussisches Staatsrecht*, I, p. 297 et 298 ; Löning, *op. cit.*, p. 109.

plie en France avec un rare bonheur et une remarquable suite dans les idées par nos rois de la troisième race. En Allemagne au contraire (et c'est un des traits les plus caractéristiques de l'histoire de ce pays) l'unité ne fut pas réalisée par le souverain fiefteux, mais par un de ses grands vassaux. C'est la famille de Hohenzollern qui, depuis son avènement au Brandebourg, effectua parallèlement à la monarchie française l'unité allemande. Encore cette œuvre n'est-elle pas complètement achevée aujourd'hui (1).

2° Il fallait encore une transformation dans les notions du droit public, et une nouvelle conception du pouvoir : la substitution de l'idée d'État, personne abstraite, à celle de la monarchie patrimoniale, personne physique. Enfin pour accomplir les fonctions d'utilité publique, incombant à l'État, il fallait aussi constituer un corps solide d'agents exécutifs, c'est-à-dire de fonctionnaires administratifs.

C'est cette dernière condition que nous allons maintenant étudier.

II. — Développement des fonctions et condition des fonctionnaires.

Pour comprendre ce qu'était le service public en Allemagne il faut distinguer entre deux sortes de souverainetés ayant chacune leurs agents : celle du Saint-Empire romain de nations germaniques et celles des princes membres de l'Empire. En droit la première seule existe,

(1) La forme fédérale (qui est aujourd'hui celle de l'Allemagne bien qu'avec un caractère spécial) est de sa nature temporaire. On peut donc prévoir la disparition de toutes les souverainetés, royaumes, duchés et principautés, subordonnées à l'Empire et qui feront place à un État unitaire allemand.

mais en fait les autres sont plus réelles : il faut donc en tenir compte. Nous distinguerons par suite les fonctionnaires de l'Empire et les fonctionnaires locaux.

a) *Fonctionnaires de l'Empire*. — Le Saint-Empire avait seul, en droit, le caractère d'un État ; il était même l'État par excellence, d'après la conception de tout le moyen âge, et si, de son côté, la France pouvait prétendre aussi à la qualité d'État, il n'en était pas de même des territoires allemands, car le Saint-Empire avait seul la souveraineté : tout remontait à lui, les fiefs et l'autorité publique, ainsi que la justice (1). Théoriquement il avait donc des fonctions à remplir, mais en fait l'unique fonction organisée était la fonction judiciaire ; c'était elle seule qui traduisait, en dehors du droit féodal, la dépendance des princes vis-à-vis de l'Empire : c'était aussi la seule qui eût des fonctionnaires.

L'Empire avait délégué aux comtes, et plus tard aux princes locaux le droit de justice, mais il s'en était réservé l'appel (2), car la justice en dernier ressort était considé-

(1) Le Saint-Empire ne fut en réalité qu'une confédération très relâchée, sans unité politique ni gouvernement central digne de ce nom. L'unité judiciaire resta presque théorique, et la division administrative en cercles de l'an 1500 n'eut de signification effective que comme désignation des circonscriptions électorales pour les Diètes. La faiblesse de ces institutions causa à l'Allemagne huit siècles d'insécurité et de guerres civiles ou étrangères.

« L'Allemagne resta en théorie un État jusqu'à la suppression de l'Empire, mais elle avait à peu près perdu les caractères véritables d'un État. » « Les Habsbourg avaient laissé s'évanouir les attributs essentiels de la puissance publique », ils « renoncèrent presque complètement à organiser et à pratiquer un gouvernement effectif sur tout l'Empire : ils ne cherchèrent qu'à créer et à augmenter la puissance personnelle de leur maison. Dans le reste de l'Allemagne on pouvait à peine parler d'un gouvernement véritable des Empereurs. » Twisten, *op. cit.*, p. 1 et 2.

(2) Tel était le droit ; mais en fait on n'avait guère recours à ces juridictions impériales : les appels étaient coûteux et l'Empereur accordait tant

rée alors comme un attribut de la puissance suprême. Cette justice retenue était rendue non par l'Empereur lui-même, mais par un juge nommé par lui et qui portait le titre de Hofrichter (juge aulique, *judex* ou *justitiarius curiæ*). C'est le premier fonctionnaire impérial ; il a été créé par la loi d'Empire proclamé au Reichstag de Mayence en 1235 (1). Ce juge rendait la justice au nom de l'Empereur, sauf pour les affaires intéressant la vie d'un prince (l'Empereur jugeait dans ce cas lui-même). Sa compétence portait exclusivement sur les affaires judiciaires de l'Empire ; elle ne s'étendait pas à celles des États héréditaires de l'Empereur. Il était un véritable fonctionnaire, et non pas un vassal : ce qui le prouve c'est l'absence d'investiture de l'office : son rapport vis-à-vis de l'Empereur n'était pas réglé par la foi et l'hommage ; il prêtait un serment spécial, et recevait une lettre de nomination renouvelée tous les ans tant qu'il remplissait à la satisfaction de l'Empereur, les devoirs de sa charge : *si bene et juste gesserit* (2).

Mais ce Hofrichter était insuffisant : il avait été sup-

d'exceptions de juridictions (*privilegia de non appellando*) que l'unité judiciaire n'existait pour ainsi dire pas. La justice impériale était encore plus lente que les justices seigneuriales, et les procès étaient interminables. On connaît le jeu de mot célèbre sur le tribunal de Spire : « A Spire les procès respirent et jamais n'expirent » (*Spireæ lites spirant et nunquam expirant*).

(1) Reichsabschied (Proclamation de la diète) de 1235, § 24 : qu'on trouvera dans la *Neue Sammlung der Reichsabschiede* : Frankfort-s.-M. 1747, 1^{re} partie, p. 25, chap. XXIV : Von des Reichs Hoffrichter. « Wir setzen das des Reichs Hoff hab ainen Hoffrichter der ain freyer man sey der sol an dem Ambt zum mynsten ein Jahr beleiben, ob er sich recht oder wol behaltet » (Décidons qu'il y ait à la Cour de l'Empire un juge aulique, lequel sera un homme libre et restera en charge au moins un an, à la condition qu'il soit sans reproche. » Voir aussi Meyer, *op. cit.*, § 24, p. 65 et Rehm, *op. cit.*, *Annalen*, 1884, p. 569.

(2) Rehm, *op. cit.*, *Annalen*, 1884, p. 569-570.

primé en fait à partir de 1415, par l'institution du tribunal suprême des États héréditaires de l'Empereur (Königliches Kammergericht), qui fut chargé aussi des affaires de l'Empire. Le Hofrichter n'avait jamais eu dans la pratique une grande importance ; il disparut en droit, dès 1450 (1).

En 1495, la compétence des affaires de l'Empire fut enlevée au tribunal royal et à sa place fut instituée la Cour suprême (Reichskammergericht) (2). L'ordonnance de cette date, et celles qui suivirent contiennent des dispositions fixant régulièrement la situation des juges ainsi créés (3). Celle de 1495 pose comme principe le devoir d'assiduité au travail et de fidélité envers la Kammergericht, ainsi que le droit à un traitement régulièrement payé (4). Celles de 1521 et 1555 ne permettent la révocation des conseillers qu'après une procédure disciplinaire et un jugement en formes rendu par la cour elle-même (5). Ils ne sont nommés qu'après un examen passé devant la

(1) Cf. Meyer, *op. cit.*, § 24, p. 66.

(2) Le Reichskammergericht avait pour chef le Reichskammerrichter qui était généralement un prince ou un comte d'Empire. Il comprenait ensuite deux Présidents, un catholique et un protestant ; tous trois étaient nommés par l'Empereur. A la fin de l'Empire il y avait en outre 25 assessseurs dont l'élection était répartie entre les électeurs. Cf. Schmalz, *op. cit.*, § 171, p. 107.

(3) La nomination des simples conseillers était faite d'abord sur présentation des candidats par la diète : ensuite par accord de l'empereur et du tribunal lui-même. Cf. Meyer, *op. cit.*, § 25, p. 67 et 68.

(4) Malgré cela les finances manquèrent toujours pour payer les conseillers. En 1548 la diète prit bien à sa charge le paiement des traitements, mais il n'y eut jamais de régularité. Aussi n'y eut-il que rarement le nombre réglementaire de conseillers et de présidents. Cf. Meyer, *op. cit.*, § 25, p. 67.

(5) Sauf les employés subalternes du Kammergericht qui restent pleinement révocables. Cf. Rehm, *op. cit.*, *Annalen*, 1884, p. 576 et 577.

cour (1) et ne peuvent résilier leurs fonctions sans avoir dénoncé 6 mois à l'avance, afin qu'il pût être pourvu à leur remplacement. L'ordonnance de 1555 règle en outre minutieusement les droits et devoirs de tous les membres de ce tribunal, depuis les conseillers jusqu'aux simples appariteurs. Elle leur assure certains avantages matériels (2) et pose aussi le principe du secret professionnel.

Une autre juridiction fut encore instituée en 1497 par Maximilien I^{er} : le Hofrat, Conseil Aulique : cette Cour fut modifiée par Ferdinand I^{er} en 1527 et réorganisée en 1559, sous le nom de Reichshofrat (3). Mais ses membres n'eurent jamais une situation bien déterminée, en raison du rôle politique qu'elle était appelée à jouer en qualité de Conseil de gouvernement (4). C'est seulement à partir de 1700 qu'ils devinrent inamovibles.

(1) Reichskammergerichtsordnung de 1521, art. 1 et 7, et de 1555, titre 1, art. 3 et 5. Cf. Lönning, *op. cit.*, p. 110, note 1.

(2) Par exemple l'exemption des impôts et de la contrainte judiciaire. Cf. Rehm, *op. cit.*, *Annalen*, 1884, p. 571.

(3) Le conseil aulique de l'Empire, « Reichshofrat », comprenait un président, un vice-président et 18 conseillers. Les 6 voix protestantes ne pouvaient être primées par les 12 voix catholiques : il y avait donc égalité des religions. Ce conseil était dissous par la mort de l'Empereur, ce qui indique que ses membres devaient être en communion d'idées avec lui. Cf. Schmalz, *op. cit.*, § 174, p. 109 ; Meyer, *op. cit.*, § 26, p. 70 ; S. Adler, *op. cit.*, chap. I, p. 36.

(4) Le Reichshofrat et le Reichskammergericht étaient les deux juridictions suprêmes de l'Empire, mais ils ne se confondaient pas. Alors que le Reichskammergericht était purement une juridiction judiciaire, recevant les appels civils et criminels des juridictions locales (Landgerichte) au contraire le Reichshofrat était à la fois cour de justice et conseil de gouvernement. Comme cour de justice il faisait quelquefois double emploi avec le Kammergericht et était alors en conflit de compétence avec lui, mais il avait aussi une compétence spéciale. C'était une cour criminelle de première instance pour la noblesse immédiate d'Empire et une cour féodale pour les procès de tenures ; enfin il avait

Au point de vue administratif il n'y eut jamais dans l'empire d'autorités décentralisées : les seules fonctions reconnues à l'empire dans cet ordre d'idées étaient l'armée réunie seulement en cas de guerre, et le droit de lever quelques impôts qui ne furent jamais perçus effectivement. Il n'y avait auprès de l'empereur qu'un embryon de conseil de gouvernement, c'était le Hofrat. Mais les empereurs cherchèrent aussi à constituer un véritable Conseil de Cabinet. Maximilien I^{er} avait, en 1491, échoué dans une tentative de ce genre, Ferdinand I^{er} fut plus heureux, et créa un Conseil Secret sous les ordres duquel se trouva la Chancellerie (1). Ses membres étaient dans la pleine dépendance du prince.

b) *Fonctionnaires locaux.* — a) *Développement des fonctions.* — Les princes, lorsque fut définitivement établi le système féodal, c'est-à-dire aux XI^e et XII^e siècles, avaient auprès d'eux des vassaux qui, en vertu de leur devoir d'assistance envers le suzerain, s'assemblaient pour rendre la justice et les conseiller dans la direction des affaires (2), mais ces cours féodales, très analogues aux cours féodales françaises, et basées sur le type de l'ancienne *curia regis* de nos rois, n'offraient pas de grandes garanties : au point de vue de la justice, elles étaient ignorantes, et leur intelligence n'allait pas au delà de la force brutale et du jugement de Dieu ; au point de vue administratif et politique on n'en pouvait espérer une grande suite dans les idées, ni des traditions stables ; or, la politique jouait en Alle-

compétence exclusive pour toutes les affaires concernant la couronne d'Italie.

Rotteck et Welker, *Staatslexikon*, article : *Staatsdienst*, t. XIII, p. 373.

(1) Cf. Löning, *op. cit.*, p. 40 et surtout Rosenthal, *op. cit.*, p. 80. Le conseil secret fut sans doute fondé en même temps que le Hofrat.

(2) G. Meyer, *op. cit.*, § 107, p. 304-305.

magne un rôle plus considérable qu'en France en raison des rapports plus fréquents des princes qui se rencontraient régulièrement aux Diètes, en vertu de l'organisation politique de l'Empire. Aussi prirent-ils l'habitude de s'en rapporter plus volontiers à leur entourage immédiat, aux officiers de leur maison (1). On vit ces hommes de confiance dans les petites cours allemandes acquérir une importance assez grande dès le XIII^e siècle. Ils étaient pleinement révocables et le prince qui les appelait auprès de lui, en vertu de sa volonté seule, les renvoyait de même quand ils devenaient gênants (2) : ils étaient moins indociles et moins indisciplinés que les vassaux dans l'exercice de leurs devoirs féodaux : c'étaient cependant le plus souvent des nobles, mais à côté d'eux se trouvait également un clerc chargé des écritures, qui portait le titre de *Notaire* ou de *Protonotaire* : plus tard, au XV^e siècle, il prit celui de Chancelier (3).

Au fur et à mesure que se développèrent les affaires, que s'étendirent les territoires, que se compliquèrent l'administration et la justice, le besoin de gens plus instruits se fit impérieusement sentir. C'est à ce moment qu'apparurent dans les cours des hommes plus lettrés, ayant appris

(1) Ces officiers, appelés d'abord en allemand Dienstmannen, étaient généralement au nombre de 4 : le Maréchal, le Chambellan, l'Ecuyer tranchant et l'Echanson ; ils correspondaient aux grands officiers de la couronne de France. Cf. : Siegel, *op. cit.*, p. 237 et surtout : Ficker, *Die Reichshofbeamten der staufischen Periode*, dans les *Sitzungsberichte der K. Akademie der Wissenschaften (phil. hist. Classe)*, vol. 40, 1862, p. 447-549, plus spécialement p. 517 et suiv.

(2) Ces hommes de confiance formaient une sorte de conseil. On en trouve la première trace dans un passage de la *Landfriede* de 1251 (Ordonnance de sûreté publique). Dans les documents latins ils portent le nom de *Conciliarii ducis*, et en allemand celui de *Rathgeber*. Cf. Siegel, *op. cit.*, p. 253 et 254.

(3) Cf. Löning, *op. cit.*, p. 37-38.

le droit romain, des *Doctores juris*, qui peu à peu remplacèrent les nobles dans les charges de bureaux. Au XVIII^e siècle ils en sont presque les titulaires exclusifs.

L'administration des territoires était encore soumise aux nobles, délégués par le prince, avec les titres de Capitaine, Bailli, Vicedom (1), et ils centralisaient entre leurs mains les pouvoirs administratifs, judiciaires et financiers (2). Ils avaient sous leurs ordres des employés subalternes, caissiers, chefs de greniers, scribes, etc..., qui le plus souvent étaient des bourgeois pris parmi ceux qui savaient lire et écrire.

A côté de ces fonctionnaires, il ne faut pas oublier les nombreux fonctionnaires privés des ordres privilégiés (3) et des villes qui prétendirent souvent avoir le droit et qui l'exercèrent effectivement, de nommer aux emplois inférieurs, tels que collecteurs de taxes et caissiers : ils votaient leurs impôts eux-mêmes, et c'est à titre de surveillance qu'ils revendiquaient en outre le droit de les lever (4). Les villes surtout étaient puissantes à ce point de vue ; elles traitaient d'égal à égal avec les princes, et dans les limites de leur enceinte administraient souverainement. L'élection était le principe sur lequel reposaient toutes les charges municipales : c'étaient les conseils élus, bourg-

(1) Cf. Eichhorn, *op. cit.*, III, § 430, p. 277 ; Tezner, *op. cit.*, p. 501. — Ils portaient en Autriche les noms de Hauptmann, Statthalter, Rath, Statt, Regent, Landhofmeister, Marschall.

(2) Quelquefois cependant la justice était déjà séparée de l'administration. Il y avait alors des tribunaux de 1^{re} instance (*Landgerichte*) sous la surveillance de ces capitaines (*Landeshauptleute*). Cf. Eichhorn, *op. cit.*, III, § 430, p. 277.

(3) Lorenz v. Stein, *Verwaltungslehre*, 3^e édit., 1888, I, p. 39-44.

(4) Il y eut sur ce point une lutte acharnée entre les Electeurs de Brandebourg et les ordres privilégiés du pays. La victoire ne resta aux premiers que sous Frédéric-Guillaume I^{er}, vers 1720.

mestres, échevins, magistrats, qui disposaient des charges inférieures.

C'est seulement au XVI^e siècle que se produisit la séparation nette des fonctions administratives et judiciaires. Des cours de justice furent organisées sur tous les territoires allemands. L'exemple donné par l'Empire fut suivi d'abord en Brandebourg où l'Electeur Joachim I^{er} institua en 1516 à Berlin un tribunal supérieur (*Kammergericht*) (1). Il s'inspira pour cela de la réglementation introduite par les Empereurs. Mais si les tribunaux étaient ainsi constitués, il ne faudrait pas en conclure qu'ils fussent bien composés : les juges étaient fort peu respectables, et surtout fort peu instruits.

Une loi d'empire de 1600 avait bien prescrit que désormais les juges devraient être pris exclusivement parmi les gens capables, et ayant étudié le droit romain : mais ces lois n'avaient qu'une valeur doctrinale : le pouvoir de l'Empire était si faible, faute de moyens de coercition, qu'elles restaient lettre morte : le *Reichskammergericht*, le *Reichshofrat* et le *Kammergericht* de Berlin étaient en réalité à cette époque les seules cours qui fussent organisées suivant un plan régulier.

Au point de vue administratif des conseils de gouvernements et des autorités collégiales se constituèrent peu à peu dans les cours. Le Conseil privé de Brandebourg fut créé par l'électeur Joachim-Frédéric en 1604 (2), environ un siècle après l'époque où il le fut à la Cour impériale.

(1) Le *Kammergericht* de Berlin subsiste encore. Il a gardé son nom et fonctionne aujourd'hui comme Cour d'appel (*Oberlandesgericht*).

(2) Il voulait, en créant ce conseil, opposer une arme nouvelle aux ordres privilégiés, et surtout à la noblesse qui faisait des efforts désespérés pour maintenir son indépendance vis-à-vis du prince. Cf. Twستن, *op. cit.*, p. 41 ; H. Schulze, *Pr. Staatsr.*, I, p. 40.

Puis l'institution se propagea rapidement en Allemagne (1). Peu à peu se créèrent encore des administrations spécialisées, des Chambres de finances, des Conseils domaniaux. Le Grand Electeur créa en 1651 une Administration centrale des finances : il s'en forma aussi dans les divers États allemands jusqu'à la fin du XVIII^e siècle (2).

β) *Situation des fonctionnaires.* — Le nombre des fonctionnaires avait peu à peu augmenté, mais la théorie du service public était restée totalement stationnaire. La forme de nomination par investiture avait à peu près disparu ; à part cela on ne pouvait constater, à la fin de la guerre de 30 ans, qu'un seul progrès, à savoir que les juges devaient être pris parmi les juristes. Pour ce qui est des administrateurs, ils étaient tous encore des nobles, au moins aux places importantes : ils ne considéraient pas leurs charges comme des services publics, mais comme une source de revenu, et comme une faveur du prince, accordée dans leur propre intérêt ; c'était la même manière de voir qui régnait alors en France, et qui au moyen âge avait été la cause de tant d'exactions et de misères.

Les nobles acquéraient les chargés de plusieurs façons. Le plus souvent ils les recevaient purement et simplement par privilège : quand ce n'était pas le cas, ils les prenaient à ferme, ou bien encore ils les achetaient. La

(1) En Saxe 1574, en Brunswick-Lünebourg 1616, en Wurtemberg 1629, plus tard dans les Electorats ecclésiastiques, particulièrement dans l'Electorat de Cologne : Cf. Meyer, § 107, p. 307. Il date, en Bavière, environ de l'année 1580 ; dans le Palatinat d'une ordonnance de chancellerie, rendue environ en 1557 par le comte Palatin Wolfgang Wilhelm : Cf. Rosenthal, *op. cit.*, p. 87.

(2) En Saxe 1589, à Cologne 1539, puis plus tard en Bavière et en Wurtemberg : Cf. Löning, *op. cit.*, p. 41, note 4.

vénalité des offices cependant ne fut jamais en Allemagne érigée à l'état de système comme en France : les princes ne vendaient les charges que quand ils avaient besoin d'argent, en raison de la facilité de perception de ce revenu, et aussi du taux élevé de son rendement (1).

Telle qu'elle était, la situation des fonctionnaires attirait déjà l'attention des auteurs. Le premier ouvrage qui traite cette question serait, d'après Rehm (2), celui de Veit Ludwig von Seckendorff : *Deutschen Fürstenstaat*, 1656. Cet ouvrage nous donne les formules des nominations d'un certain nombre de fonctionnaires (3), lesquelles énuméraient d'abord tous leurs devoirs généraux, parmi lesquels étaient comprises des obligations morales, telles que la crainte de Dieu, la foi en la religion chrétienne, la fidélité et l'obéissance envers le souverain (4). Il y avait

(1) Les ordres privilégiés contribuaient quelquefois au choix des fonctionnaires. Il en fut ainsi par exemple dans les Etats héréditaires autrichiens jusqu'à la fin du règne de Maximilien I^{er}, mais Ferdinand I^{er} repoussa toute ingérence étrangère : « dann uns als herren und lannsfürsten steet uns allwegen bevor, râte aus und in denselben unsern hofrat zu thun, nach unserm wohlgefallen, wie wir als regierender lannsfürst thun mugen und deshalb ganz frei und verpunden sein ». Instruction pour le Hofrath de Basse-Autriche (comme seigneur et prince souverain il nous appartient en tout cas de nommer des conseillers et de les placer à notre cour aulique, selon notre bon plaisir, agissant en prince régnant, et par suite en pleine liberté et sans entraves). Instruction pour le Hofrath de Basse-Autriche, 15 octobre 1521 : Cf. Rosenthal, *op. cit.*, p. 261 ; Tezner, *op. cit.*, p. 492, 493. D'autres fois la fonction était conférée à des financiers, à la suite d'emprunts importants, à titre de gage et en guise d'intérêt. Cf. Tezner, *op. cit.*, p. 345, note 107. On trouvera le texte d'un contrat de ce genre passé par Maximilien I^{er} avec le financier Gossembrat, dans Adler, *op. cit.*, p. 536, 547.

(2) *Annalen*, 1884, p. 574.

(3) Il s'en trouve aussi quelques-unes dans Kress : *Dissertatio juridica de jure officiorum et officialium*, Helmstädt, 1732. Cet auteur les appelle *formulæ præpositionum*. Voir aussi Rehm, *op. cit.*, *Annalen*, 1884, p. 568 à 576.

(4) Cf. Tezner, *op. cit.*, p. 494, note 5. « Die Râthe des niederösterreich-

aussi pour chaque nomination une instruction détaillée des devoirs spéciaux de la charge. On y trouve nettement indiqué le principe du secret professionnel.

En regard des devoirs se trouvaient les droits des officiers : c'était, d'une part, la promesse du prince de les traiter avec bienveillance, de les protéger contre toute injure ; d'autre part, de leur payer une certaine somme à titre de traitement et de les indemniser des débours faits à l'occasion de leur service.

Il y a ici très nettement les caractères d'un contrat de droit privé : libres consentements des parties, et obligations réciproques. Le prince est propriétaire de son territoire : il engage des personnes de confiance pour l'administrer, au même titre qu'un grand propriétaire foncier moderne engage des jardiniers pour soigner son domaine, et des gardes-chasse pour faire la police et se protéger des braconniers.

Tous les fonctionnaires sont dans ce rapport contractuel, car il n'y a aucune différence entre les serviteurs de l'État et ceux du prince (1). En raison de ce principe,

chischen Hofrats sollen handeln zu nuz und fromben des königs, als unser rāth und diener wie sie uns dann gelobt und gesworen sein » (Les conseillers du Hofrat de la Basse-Autriche doivent agir pour le bien du roi en tant que conseillers et serviteurs, suivant leur serment).

De même : Rosenthal, *op. cit.*, p. 261. Les conseillers du Hofrat de Basse-Autriche doivent promettre dans leur serment « sich der Aufenthalt der Gerechtigkeit und wahrheit, undertrugung der ungerechtigkeit und possenhait angelegen sein zu lassen » (d'aider au maintien de la justice et de la vérité, de réprimer l'injustice et la sottise).

(1) Löning, *op. cit.*, p. 111 : « Quoique l'on considérât fermement la situation des fonctionnaires comme réglée par un contrat de droit privé que l'on chercha de diverses manières à classer parmi les contrats du droit romain, on essaya cependant d'établir que d'après les principes du droit privé, on ne saurait reconnaître au prince le droit de renvoyer arbitrairement le fonctionnaire de son office. »

Isaacsohn, *op. cit.*, I, p. 6, émet la même idée : « La nomination du

le contrat de service s'éteint par la mort du prince : son successeur est donc libre de le renouveler ou non (1).

Quant au droit de révocation, il existe pleinement et arbitrairement (2). On avait cependant essayé de rendre les charges plus stables, et la chose était de plus en plus nécessaire en raison des désordres incalculables causés par la guerre de 30 ans, et de l'irresponsabilité générale qui en était résultée.

Les juristes cherchèrent d'abord à établir la distinction entre les serviteurs personnels du prince et ceux de

fonctionnaire, à cette époque, est incontestablement un contrat entre le seigneur et la personne nommée, dans lequel les deux contractants apparaissent comme égaux. » Voir aussi Tezner, *op. cit.*, p. 494 ; G. Meyer, *op. cit.*, § 142, p. 430 ; H. Schulze, *Deutsches Staatsrecht*, I, § 177, p. 309 et suiv.

(1) Tezner, *op. cit.*, p. 495, note 6. Cela s'appliquait encore du temps de Marie-Thérèse, et jusqu'à l'époque de la Révolution française. Rescrit du 3 mars 1740 : « Es ist der natürlichen Folge und der alten Observanz gemäss, dass, nach den zeitlichen Hintritte des Landesfürsten... die Dienste ihren Endschaft erlangen » (Il est naturel et conforme aux vieilles coutumes qu'au décès du prince, les fonctions cessent d'elles-mêmes).

(2) Eichhorn, *op. cit.*, IV, § 549, p. 373, dit : « Pour ce qui touche les fonctionnaires, personne ne doutait encore qu'ils ne fussent révocables arbitrairement par le seigneur souverain : le plus souvent, ils n'étaient nommés que pour un temps déterminé » ; Ludolf Hugo, *De statu regionum Germaniae*, Giessen, 1680, cap. 3, § 34, p. 107 : « Multae controversiae, de Reipublicae constitutione, de magistratus alicuius abdicatione ex Civitatibus Imperialibus praefertim, ad imperatorem deferuntur. Ibi enim, ut inter aequales, Respublica legibus composita est. In Principum ditioribus hoc minus frequens est. Nam pleraque officia non tam a legibus quam a solo nutu eorum dependent. Quasi regiam enim potestatem habent. Reges autem favore et benevolentia estimant, quos ad Reipublicae administrationem adhibent. » — Cf. encore Tezner, *op. cit.*, p. 495 ; Adler, *op. cit.*, p. 548, cite cette formule de nomination d'un Trésorier général en 1514. « Mayen und wollen das gemelter Jakob Villinger nun furon stetiglich bis auf unser auch sein wolgefallen unser schatzmeister general sein » « octroyons et voulons que le nommé Jakob Villinger soit désormais notre trésorier général, tant qu'il nous plaira ainsi qu'à lui »..

l'État (1). La notion de l'État, personne abstraite, commence à se dégager, mais encore bien imparfaitement.

Ils cherchèrent aussi à établir que le prince ne doit renvoyer le fonctionnaire qu'en vertu de justes raisons : *ex justis causis*. Cependant aucun prince n'admettait cette prétention. Aucune loi d'empire ne réglait cette question : la formule en usage, celle qu'employait encore Frédéric-Guillaume I^{er} était : *soll platt cassiert werden* (qu'on le casse purement et simplement) (2). Les auteurs allemands se basèrent sur des raisons d'équité pour refuser aux princes le droit strict de révocation. Ils firent remarquer le tort considérable causé non seulement au fonctionnaire, mais aussi à l'État, à l'intérêt public, par l'instabilité des officiers : sans compter l'injustice grande d'un renvoi brutal et sans cause d'un serviteur dévoué (3). Malgré cela, les

(1) Sous l'influence de Pufendorf, *De jure naturæ et gentium*, 1672, liv. VII et VIII.

(2) Rehm, *op. cit.*, *Annalen*, 1884, p. 577 ; C. Twesten, *op. cit.*, p. 123 ; Löning, *op. cit.*, p. 112, note 2, cite cette déclaration de 2 conseillers secrets du Grand Electeur en 1676 : « Nous sommes persuadés que votre V. S. E. peut licencier (*licentiren*) ses serviteurs sans le plus petit motif. »

(3) Rehm, *op. cit.*, *Annalen*, 1884, p. 579, cite dans ce sens Böhmer : « Ignominiosum esse officia etiam ad beneplacitum concessa sine justa causa revocari ». *Dissertatio juridica de jure principis circa demissionem ministrorum* : Halæ, 1716, cap. II, § 12. De même Klock, *De jure postularum*, cons. 1, cons. 32 : l'empereur, fontaine de justice, ne doit pas renvoyer sans motif un fonctionnaire qui remplit sa charge avec assiduité ; Löning, *op. cit.*, pp. 111 et 112, cite encore dans ce sens une décision doctrinale de quelques facultés de droit : Rotteck et Welker, *op. cit.*, p. 580. Cf. encore Cramer, *Observationum juris universi*, Darmstadt, 1790, t. II, pars II, obs. 1528, p. 97. « Simplex dimissio tam ignominiosa est quam formalis cassatio » et plus loin : « In eo omnes concordant Doctores, vix aliquo discrepante, revocationem officii etiam ad beneplacitum concessi, non sine causæ cognitione nec absque justa causa fieri posse. »

Enfin Tezner, *op. cit.*, p. 546, expose que le renvoi arbitraire était déjà fort critiqué à cette époque. Un conseiller du Hofrath autrichien ayant été renvoyé à la suite d'une affaire d'honneur demande sa réintégration provisoire pendant son enquête : « Dem allen nach, pitt ich E. K. Mt. weil

auteurs de l'opinion adverse se basaient sur le droit positif pour maintenir le droit du prince. Aucune loi ne déclarait l'office perpétuel.

D'ailleurs, comme conséquence, ils reconnaissaient le droit absolu du fonctionnaire à se démettre de la charge qu'il avait librement acceptée.

§ 2. — Frédéric-Guillaume I^{er} et ses réformes.

I. — *Recrutement des fonctionnaires en Prusse.*

Lorsque Frédéric-Guillaume I^{er} arriva au trône de Prusse, en 1713, il trouva un État fortement organisé. Son grand-père, le Grand-Electeur avait créé l'armée sur des bases nouvelles, il avait fortement affaibli la puissance des ordres privilégiés, mais sans l'anéantir ; son père l'électeur Frédéric III avait augmenté considérablement le prestige de sa maison par l'acquisition de la dignité royale (1).

Frédéric-Guillaume I^{er} devait le porter encore plus haut : il est le véritable fondateur de l'État prussien moderne. Ses réformes s'étendirent à l'armée, à l'adminis-

der pilligkait nach, solchen bevelh gnadiklichen abstellen, und so lanng ich mit recht nit überwunden pin, mir den Hofrat nit unndersagen, unnd gegen manigklich damit, alls des von Turn [son adversaire] zichten war gefunden weren, mich nit ausgeben. » « En conséquence je prie V. M. I. vouloir gracieusement, pour des raisons d'équité, surseoir à un tel ordre, et ne pas m'interdire l'accès du Hofrath aussi longtemps que je n'ai pas succombé en justice, et jusqu'à ce que le droit de De Turn ne soit manifestement établi. »

On trouvera dans un petit ouvrage du siècle dernier, l'exposé complet de la question du renvoi des fonctionnaires : Rönneberg, *Über die Dienstentlassung*, Berlin, 1799.

(1) Il prit en 1701 le titre de roi de Prusse, sous le nom de Frédéric I^{er}.

tration, à la justice ; il s'entoura d'hommes intelligents et actifs et réduisit impérieusement tous les abus qui s'étaient librement étalés sous ses prédécesseurs.

a) *Fonctionnaires administratifs*. — A son avènement les fonctionnaires royaux étaient peu nombreux ; les ordres privilégiés avaient encore dans beaucoup de cas le droit de présentation, et la majorité des fonctionnaires dépendaient d'eux. Frédéric-Guillaume 1^{er} prétendit d'abord être maître chez lui. Il réclama et exerça effectivement le droit de nomination exclusive (1). Pour les places administratives il choisit des personnes capables et employa un grand nombre de bourgeois. On admettait alors déjà en Brandebourg que chez un fonctionnaire il faut attacher le plus d'importance « à une bonne plume, et non aux ancêtres, car on ne regarde pas à une affaire si elle est traitée par une personne de sang noble ou de sang roturier (2) ». Frédéric-Guillaume prenait de préférence parmi les bourgeois, ceux qui avaient une bonne situation commerciale, et pour l'administration de ses domaines, ceux qui avaient été ses fermiers et qui s'entendaient à l'agriculture. Les bourgeois furent désormais en majorité dans toutes les administrations publiques : le roi nomma aussi beaucoup d'officiers de l'armée dans les hautes places administratives, car l'armée était alors la seule école d'obéissance, et il voulait avoir des fonctionnaires soumis et passifs. Cependant il ne méprisa pas, comme on l'a prétendu, les gens instruits. On trouve à sa cour un certain nombre de professeurs des universités, comme Böhmer, Heineccius, Cocceji, Frédéric d'Iéna et quelques autres.

(1) H. Schulze, *Preussisches Staatsrecht*, I, p. 299.

(2) Schmoller, *op. cit.*, p. 151.

Malgré tout la majorité de ces fonctionnaires n'avait qu'une instruction fort rudimentaire. Le roi résolut d'exiger d'eux davantage. En vue d'élever leur niveau intellectuel il créa en 1727 des chaires de sciences économiques à l'Université de Frankfort-s.-Oder (1); il prescrivit aux juristes, outre l'étude des sciences juridiques, celle des sciences camérales et financières. Il exigea désormais que les jeunes gens fissent un stage préparatoire sans traitement, avant l'entrée définitive au service public. Il écartait par là tous ceux qui avaient des occupations absorbantes ailleurs. La fonction publique devint une véritable carrière où les jeunes gens vouaient leur temps à l'État pour la vie entière, et sans arrière-pensée. Frédéric-Guillaume I^{er} étendit ensuite les conditions d'instruction aux fonctionnaires subalternes. Il exigea une instruction élémentaire de tous les employés. Par exemple les employés des octrois durent savoir lire et écrire. Enfin il exigea d'eux qu'ils aient été soldats et même, dans certains cas, sous-officiers. Il comprit le premier tout l'intérêt de l'État, à pourvoir d'un emploi les vieux soldats, auxiliaires si précieux de l'armée, lorsqu'ils ne sont plus aptes au service actif; il veilla à ce qu'ils ne restassent point sans ressources, et jeta ainsi les bases de l'institution moderne des places civiles réservées aux soldats et sous-officiers rengagés (*Militärarwirtschaft*).

b) *Fonctionnaires judiciaires*. — L'administration constituait l'ossature de l'État absolu que Frédéric-Guillaume I^{er} voulait fonder : elle devait jouer à l'intérieur le rôle destiné à l'armée à l'extérieur. Aussi le roi y appliquait-il tous ses soins. Il était moins enflammé pour la justice ;

(1) Cette université n'existe plus, elle a été transportée à Breslau.

elle lui paraissait d'une importance plus relative, car les victimes de ses abus étaient des personnes privées et non l'État. Aussi accordait-il facilement encore des places de juges à la faveur, à des nobles de haute naissance. Un curieux exemple que nous en rapporte Schmoller est le suivant : il s'agit de la nomination de von Hymmen qui sollicitait une place au Directoire général (1). Le roi écrivit à ce sujet : « Il faut voir s'il a de l'intelligence et de la tête : s'il en a, donnez-lui une place dans la province de Mark aux Chambres de la guerre et des domaines (2) ; si c'est un imbécile, faites-en un conseiller à la Haute Cour de Clèves, il est bien assez bon pour cela » (3).

Il ne se désintéressa pas cependant complètement des fonctions judiciaires. Déjà son père, par les ordonnances de 1692 et 1693, avait prescrit pour les auditeurs de justice et pour tous les membres du Kammergericht un examen préalable, mais ces ordonnances n'avaient été que partiellement appliquées. En 1713, l'année même de son avènement au trône, Frédéric-Guillaume I^{er} réédita ces exigences. Diverses ordonnances de 1713 à 1716 requièrent de tous les fonctionnaires judiciaires une instruction universitaire acquise dans une Université prussienne, et un examen. Un édit de 1737 réglementa spécialement les examens et

(1) Le Directoire général des Affaires financières, militaires et domaniales (General-Ober-Finanz-Kriegs-und Domänen-Direktorium) avait été créé par le roi en 1722, en remplacement des anciennes administrations. Il réunit ainsi sous une seule surveillance toutes les affaires financières, et resta toujours le chef unique et exclusif de cette administration.

(2) Jusqu'à lui les affaires militaires et domaniales avaient été séparées : il institua dans chaque province une administration subordonnée au Directoire général, comprenant à la fois ces deux branches sous le nom de *Kriegs-und Domänenkammer*. Cf. G. Meyer, *op. cit.*, § 107, p. 309 ; Schulze, *Preussisches Staatsrecht*, I, p. 63.

(3) « Ist er ein Dummer Deuffel, sollen ihm zum clevischen Regierungsrath machen, dazu ist er gutt genuch. » Schmoller, *op. cit.*, p. 163.

les étendit à tous les juges même inférieurs (1). La corporation des avocats fut entièrement bouleversée. Elle était composée lors de son avènement de la lie de la population, usuriers et gens sans aveu, n'ayant pas la moindre instruction du droit, mais retors et voleurs. Frédéric I^{er} avait vainement essayé de réduire cette multitude rapace, Frédéric-Guillaume I^{er} y réussit. Il se montra envers eux d'une sévérité excessive, et la facilité avec laquelle il les faisait pendre est restée proverbiale. Mais au moins il releva leur niveau intellectuel et moral : une ordonnance importante de 1723 sur les avocats et auxiliaires de la justice, leur étendit toutes les prescriptions en vigueur pour les magistrats. Ils durent avoir étudié dans une université prussienne et avoir passé un examen.

II.— *Situation des fonctionnaires prussiens.*

Après avoir relevé ainsi la moralité de ses fonctionnaires, et l'avoir rendue bien supérieure à tout ce que l'on pouvait voir dans le reste de l'Allemagne et même en France, le roi s'occupa de réglementer leur situation légale.

a) *Devoirs des fonctionnaires.* — Jusqu'alors les titres de nomination étaient rédigés avec négligence. Les émoluments étaient mal fixés et donnaient lieu à des contestations : un édit de 1723 décida que tous les brevets devaient être vérifiés par le Directoire général (2). Les paiements qui étaient souvent faits en nature durent être effectués désormais en argent : les fonctionnaires furent

(1) Schmoller, *op. cit.*, p. 167.

(2) Schmoller, *op. cit.*, p. 253.

astreints au serment. Puis le roi travailla lui-même à rédiger des règlements spéciaux pour chaque branche de fonction. Ces règlements énuméraient strictement les obligations de chacun (1).

D'une façon générale, le roi introduisit l'usage des rapports et comptes rendus périodiques sur l'expédition des affaires. Le secret professionnel fut affirmé comme un principe inviolable vis-à-vis du public (2). Désormais, les fonctionnaires durent résider dans les villes où était le siège de leur fonction, et ils ne purent plus s'absenter sans un congé régulier. Les règles les plus rigoureuses furent prises pour s'assurer de leur intégrité et empêcher les prévarications surtout dans l'administration fiscale (3). Telle était, par exemple, la défense aux employés d'octroi d'acheter des provisions aux fermiers se rendant aux marchés, sous peine d'amendes qui dépassaient facilement le traitement. Telle encore, la défense qui paraît naïve aujourd'hui, faite aux collecteurs d'impôts de trafiquer avec l'argent du roi (4). Frédéric-Guillaume I^{er} institua aussi les cautions d'emploi (5), c'est-à-dire l'obligation pour tous les fonctionnaires ayant disposition de deniers pu-

(1) Il y avait à son arrivée au trône 142 classes de fonctionnaires ; il les réduisit à 42. Cf. Schmoller, *op. cit.*, p. 152.

(2) On allait même plus loin. Dans certains cas, on imposait au fonctionnaire l'obligation de tromper le public, lorsque l'intérêt de l'État était en jeu. Cf. Schmoller, *op. cit.*, p. 256.

(3) Au point de vue disciplinaire, les peines étaient très sévères, même pour de simples négligences, mais au moins elles étaient réglementées. Pour les prévarications, on était sans pitié : on appliquait résolument la torture. Elle ne fut abolie que par Frédéric II en 1740. Cf. Schmoller, *op. cit.*, p. 544 et 545.

(4) Cf. Schmoller, *op. cit.*, p. 261 et 262.

(5) Elles avaient déjà été prescrites en 1698, mais inefficacement. Elles furent réglementées à nouveau en 1712, puis en 1723. Schmoller, *op. cit.*, p. 267.

blics, de déposer avant leur entrée au service, une certaine somme d'argent. Les ordonnances proclamèrent de même le principe de la responsabilité individuelle de tous les fonctionnaires, combiné avec la responsabilité des supérieurs hiérarchiques.

Enfin, elles réclamèrent des fonctionnaires la politesse envers le public (1). Mais, sur ce point, elles restèrent lettre morte. Jamais les plaintes causées par leur brutalité ne furent plus nombreuses.

b) *Droits des fonctionnaires.* — Le chapitre des droits des fonctionnaires est beaucoup moins long que celui de leurs devoirs : des droits, il n'y en a pas véritablement ; il n'y a que des faveurs et des tolérances, en aucun cas, l'on ne peut s'adresser à la justice pour obtenir un jugement exécutoire contre le roi.

Le fonctionnaire n'a même pas de sécurité relativement à son traitement. Le roi en fixe tous les ans le montant selon l'état des finances, et aussi selon les notes obtenues par le fonctionnaire sur les listes de conduite dressées par ses supérieurs, et il n'y a aucun appel possible contre sa décision, sinon la voie gracieuse. Cependant, en fait, il n'y avait que des écarts minimes entre le montant des traitements de plusieurs années consécutives, et le fonctionnaire était toujours payé. Sans vouloir y reconnaître un droit ferme, Frédéric-Guillaume I^{er} avait compris que l'honnêteté de ses employés dépendait de la régularité dans leurs traitements (2). La Prusse était alors le seul État allemand où le fonctionnaire n'avait pas besoin de se dédommager de la gratuité de fait de ses fonctions sur les administrés.

(1) Ordonnance de 1735, Schmoller, *op. cit.*, p. 263.

(2) Schmoller, *op. cit.*, p. 549 à 551.

Quant au pouvoir de révocation arbitraire, il subsistait pleinement : la théorie sur ce point était restée immuable. Mais en fait, le roi n'en usait pas. Chacun était sûr de n'être renvoyé que pour des raisons sérieuses, et à la suite d'une procédure administrative. Enfin pour ce qui concerne les pensions, elles n'existaient pas, mais lorsque l'état des finances le permettait, le roi accordait à titre de faveur des sommes annuelles qu'il retirait aussi à son gré. C'est surtout en cette matière que les nobles avaient l'avantage sur les roturiers ; ils obtenaient plus facilement et plus largement des pensions.

Telle était alors la situation des fonctionnaires prussiens, et tout imparfaite qu'elle fût, la bureaucratie se trouvait être la seule carrière honorable pour les roturiers (1). Sans doute, il y avait encore de grands abus : l'époque était brutale ; ni le roi, ni les fonctionnaires ne faisaient exception à la règle, mais au fond des progrès incontestables avaient été réalisés. Les fonctionnaires étaient devenus obéissants et honnêtes.

Plus tard, Frédéric II entretint le corps de fonctionnaires créé par son père ; mais il ne modifia pas sensiblement leurs droits et leurs devoirs. Il en fit une administration minutieuse, paperassière et presque militairement hiérarchisée, mais par contre, il enraya par son énorme activité personnelle toute autre initiative. La machine se compliqua au point d'être alourdie par le poids de ses rouages.

III. — *Situation des fonctionnaires dans le reste de l'Allemagne à la fin du XVIII^e siècle.*

Pendant que s'accomplissait en Prusse la transformation

(1) Cf. Twستن, *op. cit.*, p. 120.

de l'administration publique, le reste de l'Allemagne était plongé sous ce rapport dans le désordre le plus inextricable. Les fonctionnaires étaient partout vers 1789 dans la même situation qu'en Prusse un siècle auparavant. Sur quelques points seulement, les pays voisins avaient imité Frédéric-Guillaume I^{er}. En Silésie et dans tous les pays de la couronne d'Autriche, l'exigence d'une instruction professionnelle avait été posée en 1752, mais toutes les places étaient encore réservées à la noblesse : c'est seulement en 1765 qu'elles furent accessibles aux roturiers (1). Le stage fut introduit en 1772. La corruption fut enrayée par une ordonnance de 1753 qui interdit aux fonctionnaires d'accepter des dons des particuliers. Pas plus qu'en Prusse, le fonctionnaire n'avait de droit à son traitement (2) ni à sa charge (3). Cependant sur un point, ce pays devança la Prusse : les pensions y furent régulièrement instituées en 1771 et 1781.

Les autres territoires allemands, la Bavière, la Saxe, le Hanovre, le Wurtemberg, les seuls qui constituassent de véritables États, présentaient des diversités d'organisation incroyables. Ils s'étaient développés comme la Prusse, par acquisitions territoriales successives, mais n'avaient pas su comme elle unifier au fur et à mesure les lois et les administrations. Il en était résulté un système administratif incohérent et empirique, comme l'est toute construction historique. Chaque coin de terre avait ses lois et ses coutumes, et par suite il serait difficile de tracer une

(1) D'Elvert, *op. cit.*, p. 431-435.

(2) Pour faire valoir en justice le droit au traitement, il fallut jusqu'en 1841 un décret impérial (Hofdekret). Cf. Tezner, *op. cit.*, p. 548.

(3) Joseph II renvoya en 2 ans plus de 2000 fonctionnaires civils sans indemnité. Quelques-uns obtinrent cependant une pension dérisoire.

histoire détaillée de la fonction publique dans ce pays. Une pareille étude nous entraînerait trop loin, et serait peu intéressante au point de vue du but que nous nous proposons. Il suffira de dire que les caractères généraux de ces multiples législations étaient l'absence de tout droit de la part du fonctionnaire, en même temps que la variabilité et le manque de fixité dans ses devoirs.

§ 3. — Réglementation légale de la condition des fonctionnaires.

I. — *Codification de 1794.*

La Prusse avait donné le signal des réformes matérielles, elle devait encore donner l'exemple en matière législative. Frédéric II avait commencé la grande entreprise de la codification du droit allemand : une commission y travaillait avec ardeur, mais le roi mourut en 1786, trop tôt pour conduire son œuvre à bonne fin. Son successeur et neveu Frédéric-Guillaume II la continua. Il fut décidé que la codification embrasserait les droits et devoirs des fonctionnaires. Déjà en 1787 la commission avait émis l'idée qu'il fallait assurer définitivement leur situation. Elle se déclara contre le renvoi arbitraire du fonctionnaire et voulut lui octroyer un droit effectif à sa fonction, qui ne pourrait lui être retirée que par une procédure judiciaire. Elle posait en principe qu'il avait droit, dans le cas de retrait d'emploi, à la prolongation de son traitement jusqu'à sa mort. Mais c'était aller trop loin, et devancer de beaucoup l'époque. Aujourd'hui encore les fonctionnaires n'ont pas des droits aussi étendus. Le roi ne sanctionna pas une pareille restriction de son pouvoir

absolu. Pour les juges seulement la règle de l'inamovibilité fut admise. Désormais ils furent exclusivement soumis en matière de discipline à la juridiction judiciaire.

La codification fut publiée en 1794. Elle réglait pour la première fois en Allemagne, par une loi générale, la situation des fonctionnaires. Désormais ils cessaient d'être des serviteurs privés du prince, pour devenir les agents exécutifs d'une personne abstraite : l'État.

D'après le Droit commun prussien (*Allgemeines Landrecht*, II^e partie, titre 10), objet de cette codification et encore partiellement en vigueur aujourd'hui, les fonctionnaires administratifs ne pouvaient être déplacés ou renvoyés qu'à la suite d'une procédure devant le Conseil d'État (*Staatsrath*) (1). Lorsqu'il s'agissait de fonctionnaires nommés directement par le roi, son approbation était nécessaire (2).

Cette codification ne réglait pas la question des pensions.

La Bavière devait bientôt imiter l'exemple de la Prusse. Au 1^{er} janvier 1805 fut promulguée une pragmatique

(1) Le Conseil d'État prussien (*Staatsrath*) est tout autre chose que le Conseil d'État français. C'est une sorte de Conseil de gouvernement qui comprend les princes de la maison royale, les ministres à portefeuille, les Feldmaréchaux, le secrétaire d'État, le président du tribunal suprême, le premier président de la Cour des comptes, et divers autres fonctionnaires qui ont droit d'en faire partie en vertu de leurs fonctions, ou simplement par faveur du roi. C'est aujourd'hui une autorité purement consultative qui n'a plus aucune part à l'administration active : ce Conseil a été réorganisé par une ordonnance du 27 oct. 1810 et par un décret du 20 mars 1817.

Le Conseil d'État du siècle dernier, aussi appelé Conseil privé (*Geheimrath*), avait été créé par Joachim-Frédéric en 1604, il avait des pouvoirs administratifs très comparables à ceux du ministère d'État actuel (*Staatsministerium*). Cf. Rönne, *Staatsrecht der preussischen Monarchie*, 4^e édit., III, p. 70 ; Schulze, *Preussisches Staatsr.*, I, p. 287.

(2) *Allg. Landrecht*, II, titre 10, § 99-100.

concernant les fonctionnaires (*Hauptlandespragmatik*), plus avancée encore sous certains rapports que la codification prussienne. D'une part elle admettait les mêmes garanties que cette dernière en faveur des fonctionnaires, de l'autre elle instituait régulièrement des pensions, non seulement pour les fonctionnaires en retraite, mais encore pour leurs veuves et orphelins. Cette codification distinguait en outre dans le service public la nomination à la fonction et son exercice effectif. Alors que la législation prussienne reconnaissait au fonctionnaire un droit sur l'exercice de sa charge, la pragmatique bavaroise posait le principe inverse : le droit ferme était accordé au fonctionnaire sur son rang, son titre, son traitement, sa pension, mais non pas sur le fait même d'exercer l'autorité qui lui avait été déléguée.

C'était en somme l'application au service civil de la distinction admise pour les officiers, entre le grade et le commandement, distinction logique, car en fixant les droits du fonctionnaire, on se propose d'assurer avant tout sa situation pécuniaire et son avenir, mais non pas de lui donner une puissance personnelle indépendante de ses capacités. En retirant au fonctionnaire l'exercice effectif de la charge, l'État peut la faire remplir par une personne mieux appropriée, sans faire un tort considérable à son ancien titulaire.

La pragmatique bavaroise de 1805 reste encore aujourd'hui la base de la législation de ce pays : elle a été complétée par une loi de 1818 (1). Tous les États allemands eurent bientôt des lois sur les fonctionnaires, reconnais-

(1) Cette loi a été incorporée à la Constitution bavaroise de 1818 dont elle forme le complément IX (*IX Beilage der bayerischen Verfassung*), titre V, § 6).

sant des principes analogues à ceux qui étaient en vigueur en Prusse ou en Bavière (1).

II. — *Législation moderne.*

Cependant, dans le cours de ce siècle, les dispositions du droit commun prussien eurent besoin d'être complétées et modifiées. L'article 98 de la Constitution de 1850 décidait qu'il serait fait une loi générale et unique sur les fonctionnaires. Mais cette loi n'a pas encore vu le jour ; il n'y a actuellement qu'une série de lois réglant chaque question séparément, mais toutes basées sur le droit commun prussien. Jusqu'en 1848 la situation des fonctionnaires ne reçut aucune modification, mais à la suite des troubles profonds de l'Allemagne pendant la période révolutionnaire, de 1848 à 1851, troubles auxquels beaucoup de hauts fonctionnaires avaient pris part, on chercha à organiser fortement le pouvoir disciplinaire de l'État. En Prusse fut promulguée la loi du 7 mai 1851 sur les infractions professionnelles des juges, puis celle du 21 juillet 1852 sur les voies disciplinaires relatives aux fonctionnaires non judiciaires. Ces deux lois exercèrent une influence considérable sur les petits États voisins.

La question des pensions fut réglée ensuite par la loi sur les pensions du 27 mars 1872 en ce qui touche les fonctionnaires et par celle du 20 mai 1882 par rapport à leurs veuves et orphelins.

Lorsqu'en 1866 fut fondée la Confédération de l'Alle-

(1) Bade, Ordonnance de 1809 et Constitution de 1819 ; Nassau, Pragmatique de 1811 et Ordonnance de 1819 ; Wurtemberg, Loi de 1817, Pragmatique de 1821, Ordonnance de 1822 ; Hesse-Darmstadt, Pragmatique de 1820 ; Frankfort-sur-Main, Pragmatique de 1821 ; Hanovre, Ordonnance de 1823 ; Brunswick, Loi de 1832 ; Saxe-Cobourg, Loi de 1821 ; Hesse-Cassel, Loi de 1831 ; Saxe, Loi de 1835.

magne du Nord, tous les États allemands, grands et petits, avaient des lois sur les fonctionnaires, mais le nouvel État fédéral, personne distincte de ses membres, ayant des fonctions de sa compétence exclusive, avait aussi besoin de fonctionnaires propres. On songea sérieusement à réglementer leur situation. Un court projet réglant les points principaux fut soumis par le Bundesrath aux délibérations du Reichstag, mais il n'aboutit pas. Un projet plus complet, calqué dans ses grandes lignes sur la législation prussienne, fut représenté en 1869, mais sans plus de succès. Cependant une loi fédérale du 2 juin 1869 régla la question urgente des cautions de certains fonctionnaires ayant disposition de deniers publics. Le projet du Bundesrath fut encore représenté en mars 1869, sans qu'il arrivât même à la discussion parlementaire.

Sur ces entrefaites éclata la guerre franco-allemande dont la résultante fut la proclamation de l'Empire Allemand (18 janv. 1871). Le récent État ne fut pas considéré comme une création nouvelle, mais comme une simple extension de la Confédération de l'Allemagne du Nord (1).

(1) Ce qui le prouve, c'est que les traités conclus en 1870 pour la création de l'Empire n'ont pas été signés par les princes, membres de la Confédération de l'Allemagne du Nord. Ils ont été conclus par le roi de Prusse, en sa qualité de Président de la Confédération, d'une part, et d'autre part par chacun des États du Sud séparément. Ce sont :

1^o Le traité de Versailles du 15 novembre 1870 entre la Confédération d'une part, et les Grands-Duchés de Bade et de Hesse de l'autre ;

2^o Le traité de Berlin du 25 novembre 1870 entre la Confédération, Bade et Hesse d'une part, et le royaume de Wurtemberg, de l'autre ;

3^o Le traité de Versailles du 23 novembre 1870 entre la Confédération d'une part, et la Bavière de l'autre ;

4^o Le traité général du 8 décembre 1870 signé à Berlin, par lequel les Grands-Duchés de Bade, de Hesse et le Royaume de Wurtemberg déclarent adhérer au traité signé entre la Confédération et la Bavière.

Tous ces traités constatent que les princes entrent dans la Confédération. Il y est dit, par exemple, que la constitution de la Confédération, sous certaines modifications, « est étendue au Wurtemberg ». Cf. Laband, *Staatsrecht des deutschen Reiches*, 3^e édit., 1895, I, p. 36-39.

Les conséquences en furent que les lois antérieures restèrent en vigueur, et que les projets anciens furent repris par le nouveau Parlement. D'ailleurs la chose était d'autant plus nécessaire que la Constitution de 1871 était plus centraliste que celle de 1866. Les postes et télégraphes devenaient administration d'Empire (sauf pour la Bavière et le Wurtemberg), la marine également était commune, enfin l'armée était soumise à une surveillance plus étroite de l'Empereur. De nombreux fonctionnaires étaient rendus nécessaires pour toutes ces administrations. Il fallait régler leur situation. Le 8 avril 1872 le Bundesrath renvoya au Reichstag le projet de 1869 légèrement amendé ; il devint la loi du 31 mars 1873 sur les fonctionnaires d'Empire (1), étendue sauf quelques détails à l'Alsace-Lorraine, par une loi spéciale du 23 décembre 1873. La loi d'Empire reproduit presque textuellement, en les réunissant en une seule, les lois prussiennes de 1852 et 1872. Elle a été complétée par la loi impériale du 20 avril 1881 sur les pensions de veuves et orphelins.

Depuis la proclamation de l'Empire, presque tous les États secondaires allemands ont refondu leurs lois sur les fonctionnaires, et les ont mises à l'unisson de la grande loi impériale de 1873. Telles sont, par exemple (2), la loi

(1) *Reichsbeamten-gesetz*, que nous désignerons à l'avenir par les initiales R. B. G. On la trouvera au *Bulletin des lois de l'Empire (Reichsgesetzblatt)*, année 1873, p. 61.

Voir son histoire parlementaire dans Thudichum, *Das Reichsbeamtenrecht, Annalen des Deutschen Reiches*, 1876, p. 265 et Rönne, *Staatsrecht des deutschen Reiches*, Leipzig, 2^e édition, 1876, I, p. 339-341.

(2) Les principales lois sur les fonctionnaires, actuellement en vigueur en Allemagne, sont les suivantes :

Empire allemand : Loi sur les cautions des fonctionnaires fédéraux du 2 juin 1869. Loi sur les fonctionnaires d'Empire du 31 mars 1873 (*Reichsbeamten-gesetz*). Ordonnance sur les congés des fonctionnaires d'Empire et leur remplacement, du 2 novembre 1874. Règlement sur le service intérieur des autorités disciplinaires, du 8 avril 1880. Loi sur la protection des

saxonne du 3 juin 1876, la loi wurtembergeoise du 28 juin 1876 et la loi badoise du 24 juillet 1888.

veuves et orphelins des fonctionnaires civils de l'Empire, du 20 avril 1881. Loi sur la protection des fonctionnaires et personnes militaires en cas d'accidents professionnels, du 14 mars 1886. Loi sur la protection des veuves et orphelins des personnes appartenant à l'armée et à la marine de l'Empire, du 17 juin 1887. Loi portant suppression des retenues pour les pensions de veuves et d'orphelins des fonctionnaires de l'administration civile, de l'armée et de la marine impériales, du 5 mars 1888. Loi du 20 février 1898 portant suppression des cautions des fonctionnaires impériaux.

Royaume de Prusse : Droit commun prussien du 5 février 1794 (*Allgemeines Landrecht*), 2^e partie, titre X. Ordre de cabinet touchant le secret professionnel, du 21 novembre 1835. Loi concernant les fautes professionnelles des juges, du 7 mai 1851. Loi concernant les fautes professionnelles des fonctionnaires non judiciaires, du 21 juillet 1852. Loi sur les pensions des fonctionnaires de l'État, du 27 mars 1872. Lois modificatives des 31 mars 1882, 30 avril 1884, 20 mars 1890. Loi sur les cautions, du 25 mars 1873. Loi modificative des lois disciplinaires, du 9 avril 1879. Loi concernant le paiement des traitements des fonctionnaires, du 6 février 1881. Loi sur la protection des veuves et orphelins, du 20 mai 1882. Loi sur la protection des fonctionnaires en cas d'accidents professionnels, du 18 juin 1887. Loi portant suppression des retenues pour les pensions de veuves et d'orphelins, du 28 mars 1888. Décision concernant l'addition du temps de service militaire dans le temps de service des fonctionnaires civils, du 14 décembre 1891. Loi du 7 mars 1898 sur la suppression des cautions des fonctionnaires prussiens.

Royaume de Bavière : Edit sur la situation des fonctionnaires (complément IX à la Constitution de 1818, titre V, § 6). Loi disciplinaire pour les fonctionnaires judiciaires, du 26 mars 1881. Ordonnance concernant la situation professionnelle des fonctionnaires non pragmatiques, du 26 juin 1894.

Royaume de Saxe : Loi sur les fonctionnaires civils, du 7 mars 1835, modifiée par les lois des 24 avril 1851, 29 mai 1852, 3 juin 1876. Loi sur la situation professionnelle des juges, du 20 mars 1880. Loi portant suppression des retenues sur les traitements des fonctionnaires, du 1^{er} février 1890.

Royaume de Wurtemberg : Loi sur la situation professionnelle des fonctionnaires de l'État, du 28 juin 1876. Loi complémentaire du 14 juin 1887.

Grand-Duché de Bade : Loi du 24 juillet 1888 sur les fonctionnaires de l'État.

Grand-Duché de Hesse : Edit sur les fonctionnaires civils, du 12 avril 1820. Loi sur la mise à la retraite d'office des juges, du 31 mai 1879. Loi disciplinaire sur les fonctionnaires non judiciaires, du 21 avril 1880.

Pour les petits États ayant moins de 3 voix au Bundesrath, on trouvera une liste assez complète des lois sur les fonctionnaires, dans Meyer, *op. cit.*, p. 430-433.

CHAPITRE II

QU'EST-CE QU'UN FONCTIONNAIRE PUBLIC ?

§ 1. — Définition du service public.

La notion du mot fonctionnaire est intimement liée à celle des mots service public. Avant d'aller plus loin il importe donc de se demander ce que c'est que le service public.

L'expression service public peut être prise dans deux acceptions, l'une étendue, l'autre restreinte.

Au sens large du mot, on appelle service public tout service rendu à l'État, c'est-à-dire toute prestation, matérielle ou intellectuelle, effectuée dans son intérêt. Dans cette acception il faut comprendre les impôts qui fournissent à l'État les ressources nécessaires à l'accomplissement de ses fonctions et le service militaire chargé d'assurer sa sécurité à l'intérieur et à l'extérieur, tout aussi bien que le travail du personnel administratif qui dirige ses organes et exécute ses volontés (1). Mais on voit de suite que ces divers services ne sont pas de même nature. Ce qui distingue nettement les deux premiers c'est qu'ils sont obligatoires, tandis que le dernier est facultatif. L'É-

(1) Cf. Rehm, *op. cit.*, *Annalen*, 1884, p. 565 ; Schulze, *Pr. Staatsrecht*, I, § 98, p. 303 ; *Deut. Staatsr.*, I, § 128, p. 316 : « Est service d'Etat, dans le sens littéral, tout service qui contribue à l'exécution des devoirs de l'Etat. »

tat réclame de tous l'impôt et le service militaire, en vertu de la loi, c'est-à-dire en vertu du droit de contrainte qu'il possède sur ses sujets : nul ne peut s'y soustraire sous quelque prétexte que ce soit. Au contraire, le service administratif n'est imposé à personne : c'est le citoyen qui de son plein gré se déclare prêt à s'en charger et à l'effectuer pour le compte de l'État.

C'est là le sens étroit du mot service public : une action librement consentie par le citoyen, dans l'intérêt de l'État. Mais cette notion est encore insuffisamment limitée ; on peut concevoir de diverses manières cette action effectuée pour le compte de l'État. Elle peut être temporaire ou permanente : tantôt le citoyen s'engage à accomplir un acte ou une série d'actes spéciaux et déterminés, après lesquels il se considère comme dégagé de toute obligation, tantôt il s'engage à servir l'État en général pour un temps plus ou moins long dans la branche que ce dernier lui indiquera, sans autre limite que sa compétence et ses capacités personnelles : en un mot à effectuer tous les services qui lui seront commandés.

La promesse générale d'agir pour le compte de l'État constitue la promesse de service public, et donne naissance à l'état de fonctionnaire ; la seconde ne crée que la situation de représentant ou d'entrepreneur. Un ingénieur qui, par contrat spécial et limité, s'engage à construire une digue, une prison, une voie ferrée stratégique, un bâtiment public, n'est pas un fonctionnaire : il n'est astreint qu'à une seule chose, à livrer le travail déterminé dans un délai spécifié ; mais il agit librement et à ses risques et périls ; il n'est astreint à aucun contrôle. Au contraire, celui qui s'est engagé par la promesse générale de service public, doit effectuer tous les travaux qui lui sont

confiés : il n'est pas libre sur le choix des moyens, étant soumis à une surveillance constante, c'est un fonctionnaire.

§ 2. — Recherche d'un signe caractéristique du fonctionnaire.

Tout fonctionnaire effectue un service public, mais tout service public n'est pas effectué par un fonctionnaire. Par suite, le fait de remplir un service public ne confère pas toujours la qualité de fonctionnaire.

Beaucoup d'auteurs ont cherché sans y réussir à trouver un signe distinguant nettement le fonctionnaire de toute autre personne, et qui lui soit exclusif. Il nous semble intéressant de passer avec eux en revue les divers caractères qu'ils ont successivement proposés comme critérium, et de montrer ensuite les causes de leur échec.

1. On a cherché à définir le mot fonctionnaire par le mot fonction (1). Serait fonctionnaire l'individu qui exerce une fonction publique.

Mais cette définition, qui semble à la fois si simple et si juste, a d'abord l'inconvénient de définir un mot dérivé par celui qui a servi à le former. Elle soulève en outre, si on l'étudie de plus près, des objections qui la font rejeter. Il faut s'entendre en effet sur ce que signifie l'expression fonction publique.

Exercer une fonction de l'État c'est accomplir un des devoirs, remplir un des buts pour lesquels il existe. La

(1) De même que les mots français fonctionnaire et fonction dérivent le premier du second, le mot allemand Beamter dérive du mot Amt (fonction) dont la forme ancienne est Ambt ou Ampacht. De même en latin. Cf. Kress, *Dissertatio juridica de jure officiorum et officiatium*, Helmstadt, 1732, chap. I, p. 1 : « *Officialis sine dubio dicitur ab officio* ».

fonction est donc en réalité la traduction matérielle de l'obligation morale assumée par l'État, de rendre un service quelconque à la chose publique : serait fonctionnaire d'après cette définition toute personne ayant l'obligation de contribuer dans une sphère plus ou moins élevée à la gestion des affaires publiques. La notion de fonction publique se confondrait alors à peu près avec celle de service public, or nous avons montré que tout service public n'est pas forcément effectué par des fonctionnaires. Le droit positif démontre également qu'il y a des fonctions sans fonctionnaires.

Les services de l'officier et du soldat, par exemple, répondent à une seule et même fonction de l'État, la force armée, et cependant ces deux sortes de personnes sont vis-à-vis de l'État dans un rapport très différent. L'officier est un fonctionnaire : il est en fonction en vertu d'un acte libre de sa volonté, il y reste pendant la plus grande partie de son existence, sa situation est pour lui une carrière (1). Au contraire le soldat est contraint, il paie un impôt d'une nature spéciale et temporaire, plus lourd que les autres peut-être, il s'acquitte d'un devoir, et n'est pas fonctionnaire. Bien plus, parmi les soldats et sous-officiers il en est qui sont dans une situation analogue à celle des officiers : ce sont les rengagés, qui ne semblent pas au premier abord se distinguer des autres soldats et sous-officiers ;

(1) La question de savoir si les officiers sont des fonctionnaires a été très discutée. La plupart des auteurs la résolvent aujourd'hui par l'affirmative. Cf. Laband, *op. cit.*, I, p. 152, note 4 ; H. Schulze, *Pr. Staatsr.*, I, p. 306 ; v. Seydel, *Baierisches Staatsrecht*, 2^e édit., Munich, 1896, I, p. 282, note 79.

Cependant la négative a été soutenue également. Dans ce sens un rescrit du ministre de l'intérieur de Saxe, du 22 mars 1880 : mais une décision plus récente du même ministère semble revenir à l'autre opinion.

Les officiers de réserve ne sont pas des fonctionnaires.

cependant ils sont en fonction en vertu de leur propre volonté et possèdent des droits à eux quoique leurs devoirs soient identiquement les mêmes (1). Tel est par exemple le droit d'obtenir, en quittant le service militaire, une place civile en rapport avec leurs capacités, et celui de toucher à chaque rengagement une somme déterminée à titre de prime.

Dans un autre ordre d'idées les jurés qui occupent des fonctions judiciaires de première importance, ne sont pas des fonctionnaires, car ils sont contraints de les remplir, en vertu de la loi, et au même titre qu'ils doivent le service militaire à l'État : leur refus de siéger entraîne pour eux des pénalités véritables. Il en est identiquement de même pour les Echevins en Allemagne (2).

Il y a donc des fonctions exercées par des personnes

(1) Les rengagés (*Kapitulanten*) sont-ils des fonctionnaires ? La question est résolue affirmativement par Rehm, *op. cit.*, *Annalen*, 1885, p. 429 et 430. Cf. aussi Laband, *op. cit.*, II, p. 669, note 8. Il y a cependant une différence entre les officiers et les rengagés : les premiers sont en fonction sans limite de temps, tandis que les seconds ne peuvent se lier que pour un temps très court.

(2) L'institution du jury est à peu près la même en Allemagne qu'en France. Elle fonctionne comme chez nous en cour d'assises : l'organisation seule en est un peu différente. Quant aux Echevins, ils constituent en quelque sorte un jury de simple police. La justice de paix (*Amtsgericht*) est constituée tantôt par le seul juge de paix (*Amtsrichter*), en matière civile et pour les infractions les plus légères, tantôt comme tribunal d'Echevins. Dans ce cas elle comprend le juge de paix et deux Echevins qui ont voix égale à la sienne. Leur compétence s'étend aux délits passibles d'un maximum de 3 mois de prison, et de 600 marks d'amende (750 fr.). Ce sont des citoyens choisis d'une façon très analogue à celle en usage pour le recrutement des jurés.

Jurés et echevins sont contraints de remplir leur charge quand ils ne sont pas dans le cas d'excuse légale. La non-exécution de leur devoir et le refus de siéger sont des délits punis par le Code pénal allemand (*Strafgesetzbuch*, § 138, al. 1) jusqu'à 2 mois de prison.

Certains auteurs les considèrent comme des fonctionnaires d'honneur. Cf. Rönne, *Staatsr. der Pr. Monarchie*, 4^e édit., 1881-84, III, p. 337 et 343.

non fonctionnaires. N'y a-t-il pas aussi des fonctionnaires sans fonction? En théorie non. L'État ne peut, par principe, nommer des fonctionnaires qu'avec l'intention de leur confier un emploi : la règle contraire aboutirait aux abus scandaleux qui ont signalé la fin de l'ancien régime en France, où les charges de cour innombrables ne correspondaient qu'à des traitements que ne justifiait aucun travail. L'État moderne, dont les ressources sont contrôlées par les contribuables, ne peut ainsi jeter l'argent sans raison par les fenêtres. Un fonctionnaire sans fonction ne se verra donc qu'accidentellement, en cas de maladie, de congé, ou si le fonctionnaire est mis en disponibilité provisoire par suite de suppression ou de retrait d'emploi, ou encore d'introduction de procédure disciplinaire contre lui. Dans tous ces cas l'inaction n'est que temporaire, car elle ne peut aboutir qu'à la reprise du service, ou à sa cessation complète par suite de destitution, mise à la retraite ou mort du fonctionnaire (1). Il n'en est pas moins

(1) Dans ce sens : Zorn, *Staatsr. des deutschen Reiches*, 2^e édit., 1895, I, p. 294. « Il n'y a de fonctionnaire sans office que dans la mesure où le rapport qui unit le fonctionnaire à l'État s'interrompt par suite des circonstances. » De même : H. Schulze, *Pr. Staatsr.*, I, § 98, p. 305.

Ne considèrent pas l'office comme caractéristique : Gaupp, *Württembergisches Staatsr.*, dans le *Recueil de Droit public de Marquardsen*, 2^e édit., 1895, III, 1, 2, p. 139 ; Gareis, *Allgemeines Staatsrecht*, dans le *Recueil de Marquardsen*, 1^{re} édit., 1883, I, 1, p. 162 ; Laband, *op. cit.*, I, p. 383-84 ; Sonnenkalb, *Staatsr. des Herz. Sachsen-Altenburg.*, dans le *Recueil de Marquardsen*, 1^{re} édit., 1884, III-II, 2, p. 72.

Considèrent l'office comme caractéristique : Gerber, *Grandzüge des deutschen Staatsr.*, 3^e édit., Leipzig, 1880, p. 113 ; Grotefend, *Deutsches Staatsrecht der Gegenwart*, Berlin, 1869, p. 691 ; Rehm, *op. cit.*, *Annalen*, 1885, p. 80 ; Stein, *op. cit.*, I, p. 38 ; H. A. Zaccharia, *Deutsches Staats-u. Bundesrecht*, 3^e édit., Göttingue, 1867, II, § 133, p. 18-19 ; Zöpfl, *Grundsätze des gemeinen deutschen Staatsrechtes*, 5^e édit., 1863, II, § 513, p. 778.

vrai que, même en cas d'inactivité, ce dernier conserve tous les droits et devoirs attachés à sa profession (1).

2. Les auteurs qui considèrent l'office ou la fonction comme caractéristique, ont soutenu, à titre de corollaire généralement, que pour qu'une personne soit fonctionnaire, il fallait que le lien entre l'État et elle soit de nature durable, c'est-à-dire qu'il soit à vie, ou au moins qu'il subsiste pendant une longue série d'années ; la fonction étant permanente, doit être occupée par un titulaire permanent (2). Ils n'admettent pas non plus qu'une fonction puisse être exercée à titre accessoire par une personne déjà occupée ailleurs. C'est par là qu'ils distinguent le fonctionnaire du simple entrepreneur qui s'est engagé à une action isolée (3), et du juré ou de l'échevin qui ne participent à la fonction judiciaire que pendant un court délai. En un mot le fonctionnaire doit faire de l'exercice de sa fonction une profession exclusive.

(1) L'art. 119 de la R. B. G. indique expressément que les fonctionnaires en non-activité provisoire restent soumis aux dispositions disciplinaires des art. 84-118.

(2) Dans ce sens : Gerber, *op. cit.*, p. 113, 115 ; G. Meyer, *Deutsches Staatsr.*, 4^e édit., 1895, p. 437 et dans les *Annalen*, 1876, Compte rendu de la 1^{re} édition de l'ouvrage de Laband, p. 670* ; Pözl, *Lehrbuch des bayer. Verfassungsrechts*, 5^e édit., 1877, p. 466-467 ; Zöpfl, *op. cit.*, II, § 513, p. 778 ; Zorn, *op. cit.*, I, p. 296, ce dernier n'exige pas que les fonctions soient à vie.

Contre : Wielandt, *Staatsrecht des Grossherzogthums Baden*, dans le *Recueil de Marquardsen*, 2^e édit., 1895, III, 1, 3, p. 119 ; Laband, *op. cit.*, I, p. 387-388 ; Perels u. Spilling, *Reichsbeamten-gesetz erläutert.*, Berlin, 1890, p. 9 ; Sonnenkalb, *op. cit.*, p. 73 ; Stengel, *Pr. Staatsr.* dans le *Recueil de Marquardsen*, 2^e édit., 1894, II, III, p. 139 ; Seydel, *Bayer. Staatsrecht*, 2^e édit., Munich, 1896, II, p. 182 et 189. Plusieurs auteurs admettent qu'il y a bien des offices provisoires mais ils leur reconnaissent alors un caractère spécial. Dans ce sens : Rönne, *op. cit.*, IV, p. 401-402 ; H. Schulze, *D. Staatsr.*, I, § 128, p. 317.

(3) D'après Löning, *op. cit.* p. 115 et 116, les entrepreneurs eux-mêmes peuvent être des fonctionnaires au sens large du mot : un seul acte effectué pour le compte de l'État suffit à leur donner cette qualité.

Tel est le cas le plus fréquent : de même que les fonctions sont en général exercées par des fonctionnaires, ceux-ci sont presque toujours nommés à vie, constituant ainsi un personnel de carrière ; mais ce n'est là qu'un caractère général, et non un caractère absolu. Les exceptions y sont nombreuses. C'est ainsi que l'on a, en France, organisé récemment des bureaux de poste auxiliaires, installés dans des magasins privés : les titulaires de ces bureaux sont des fonctionnaires postaux ; cependant leur fonction n'est que l'accessoire de leur commerce : en tout cas elle n'est pas exclusive. L'article 38 de la loi d'Empire sur les fonctionnaires, du 31 mars 1873, prouve que la législation allemande connaît des fonctions accessoires et temporaires. Il est ainsi conçu : « Les fonctionnaires dont le temps et les services ne sont utilisés qu'accessoirement par les affaires dont ils sont chargés, ou qui ne sont nommés que pour un temps expressément déterminé, ou pour une affaire de nature temporaire, n'acquièrent pas le droit à la pension... » C'est reconnaître implicitement que des fonctionnaires de ce genre existent dans les cadres administratifs ordinaires. Il y a en outre toute une catégorie de fonctionnaires dont la durée d'emploi est très courte : ce sont les nombreuses personnes élues par le suffrage populaire qui composent les conseils administratifs des circonscriptions territoriales inférieures, ou qui les président en leur qualité de chefs administratifs. La durée de leur fonction est restreinte à un petit nombre d'années sans qu'ils perdent pour cela la qualification de fonctionnaires qui d'ailleurs est pour eux accessoire. On peut en dire autant des fonctionnaires nommés avec réserve de révocabilité pendant un certain

temps (1) et dont la situation n'est que provisoire avant la nomination définitive. Ils n'en sont pas moins fonctionnaires.

3. On a encore considéré comme caractérisant le fonctionnaire le fait de toucher un traitement annuel payé par les caisses de l'État (2).

Ici également, il ne s'agit que d'un caractère général et non d'un caractère absolu. La plupart des fonctionnaires reçoivent des traitements annuels plus ou moins élevés, mais les exceptions ne sont pas rares. La législation d'Empire reconnaît expressément, à côté des consuls de carrière (*Berufskonsuln*), les consuls commerçants élus (*Wahlkonsuln*) qui sont également des fonctionnaires (3). Leur rétribution ne consiste pas cependant en un traitement, mais en des taxes autorisées, perçues à l'occasion de leurs actes. Les juges de commerce exercent leurs fonctions gratuitement, en Allemagne comme en France, Les notaires d'Alsace-Lorraine, soumis encore à la légis-

(1) R. B. G., § 32.

(2) Cette théorie, entièrement abandonnée aujourd'hui, est très fréquente chez les auteurs du commencement du siècle dernier. Elle peut s'appuyer sur des définitions légales positives. L'ordonnance bavaroise du 28 nov. 1812 commence ainsi : « Sont fonctionnaires tous ceux qui, en vertu d'un décret ou d'une nomination en règle, consacrent leurs forces au service de l'État, en échange d'un traitement déterminé. » La loi saxonne du 7 mars 1835 considère aussi le traitement comme caractéristique : art. 1 : « Sont fonctionnaires de l'État, toutes les personnes qui touchent un traitement annuel fixe, payé par les caisses de l'État. » Les lois sur les fonctionnaires des États saxons de Thuringe, qui sont presque calquées sur la loi de la Saxe Royale, donnent la même définition. Cf. aussi, H. Schulze, *D. Staatsr.*, I, § 128, p. 317, note 2.

Cette théorie est repoussée par les auteurs modernes : Cf. Gaupp, *op. cit.*, p. 139 ; Laband, *op. cit.*, I, p. 387 ; H. Schulze, *D. Staatsr.*, I, p. 317 ; Stengel, *op. cit.*, p. 139 ; Seydel, *Baier. Staatsr.*, II, p. 189-190 et *Grundzüge einer Allgemeinen Staatslehre*, Würzburg, 1873, p. 62. H. A. Zacchariä, *op. cit.*, II, § 135, p. 28-29 ; Zorn, *op. cit.*, I, p. 297.

(3) R. B. G., § 16, al. 2.

lation française, sont rémunérés comme les consuls élus par des taxes légales. Enfin, toutes les fonctions électives locales sont gratuites, et leurs titulaires n'en sont pas moins des fonctionnaires au sens large du mot.

4. On a aussi cherché le signe distinguant le fonctionnaire dans le fait de disposer de l'autorité publique.

Il faudrait avoir une part à la puissance de l'État, c'est-à-dire le droit de commander et de prendre des décisions en vertu d'un pouvoir autoritaire (1). C'est exclure tous ceux qui exercent des fonctions purement exécutives ou techniques ; les employés de bureaux et commis, qui constituent la masse des cadres administratifs dans tous les pays, les employés des chemins de fer (lorsque le réseau est exploité par l'État), les employés des Postes et Télégraphes, les professeurs, ingénieurs, bibliothécaires, archivistes, géomètres, etc., ne seraient pas des fonctionnaires. En réalité, leur nombre se trouverait restreint aux hauts personnages de l'administration.

D'autres auteurs, en distinguant les fonctionnaires supérieurs des fonctionnaires subalternes, arrivent à peu près au même résultat, car ce sont généralement les premiers qui exercent une part de l'autorité publique. D'après ces auteurs, ils seraient seuls fonctionnaires ; les autres

(1) Cette opinion est soutenue par Bluntschli, *Allgemeine Staatslehre*, 5^e édit., Stuttgart, 1875, I, p. 600. « Ne sont fonctionnaires dans le sens étroit du mot que ceux auxquels a été confié un droit éminent véritable, *imperium* ou *jurisdictio*. » Maurenbrecher, *Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts*, 2^e édit., Frankfort-sur-Main, 1847, § 159, p. 278 ; Pözl, *op. cit.*, p. 466-67 ; H. A. Zacchariä, *op. cit.*, II, § 133, p. 18 et 19 ; Zorn, *op. cit.*, I, p. 294 ; Gerber, *op. cit.*, p. 114.

Contre : Laband, *op. cit.*, I, p. 388-389 ; G. Meyer, *op. cit.*, p. 435 ; H. Schulze, *Pr. Staatsr.*, I, § 98, p. 307 ; Stengel, *op. cit.*, p. 139 ; Seydel, *op. cit.*, II, p. 190 ; Wielandt, *op. cit.*, p. 119.

ne seraient que des employés (1). Cette distinction est admise dans le service fédéral suisse où le personnel administratif se divise en fonctionnaires (*Beamte*) et employés (*Angestellte*) (2).

Cependant nous ne saurions admettre une pareille distinction : pour ce qui concerne le fait d'exercer une part de l'autorité publique, outre qu'il est bien difficile quelquefois d'établir une séparation nette, et de dire où finit l'acte de commandement et où commence l'acte d'exécution, il peut y avoir des cas où le droit de commandement n'existe qu'à titre exceptionnel. Les professeurs d'une Université allemande, par exemple, n'ont aucune part à la puissance publique ; cependant, réunis sous la présidence du *Rector Magnificus*, ils forment un Sénat académique, véritable juridiction qui exerce le droit disciplinaire sur tous les étudiants. La Relégation, ou expulsion d'un de ces derniers, constitue un acte de puissance publique et de commandement, quoique aucun professeur ne puisse l'accomplir isolément, ni même le Recteur. Faut-il admettre que, puisqu'ils ont ce pouvoir une fois réunis, c'est que chacun d'entre eux possède individuellement une certaine part de commandement ?

(1) Cette distinction a été reprise tout récemment en Italie par Ernesto Miceli, *Le Guarentigie dei Funzionari pubblici*, Catane, 1897, p. 9. — D'après lui les fonctionnaires et employés occupent tous deux une fonction publique au sens large du mot, mais ce qui les distingue, c'est que l'idée de traitement ne serait pas liée à la notion du fonctionnaire, tandis qu'elle le serait à celle de l'employé. La distinction entre les fonctionnaires et employés a été soutenue en Allemagne par Gerber, *op. cit.*, p. 415. Maurenbrecher, *op. cit.*, § 160, p. 231. « Il ne faut pas les considérer comme fonctionnaires (les employés), bien qu'ils en portent le nom, et qu'en raison de leur nomination ils passent souvent pour tels. » Schmitthenner, *Grundlinien des allg. oder idealen Staatsrechts*, Giessen, 1845, § 152, p. 502-503 ; H. Schulze, *Pr. Staatsr.*, I, § 98, p. 306 ; H. A. Zacchariä, *op. cit.*, II, § 133, p. 19.

(2) Cf. Young, *Der Staatsdienst in Deutschland, der Schweiz und den Vereinigten Staaten, als Bundes-Staaten*, Halle, 1896, p. 50, 51.

Quant à la distinction entre les fonctions supérieures et subalternes, elle ne repose en réalité sur aucune base légale. Elle est purement arbitraire et la limite est impossible à indiquer : faute de règle certaine elle serait conçue différemment par chacun. Il n'y a aucune différence légale entre les petits employés et leurs supérieurs, pas plus qu'entre un sous-lieutenant et un général. Tous sont soumis aux mêmes devoirs, et jouissent, dans la mesure de leur importance, des mêmes droits. La justesse de cette opinion est d'ailleurs démontrée par les textes positifs : l'ordonnance du 30 juin 1873, touchant la classification des fonctionnaires d'Empire, donne une liste complète, administration par administration, des personnes auxquelles s'applique la grande loi de 1873, et elle cite expressément tous les fonctionnaires subalternes (*Unterbeamte*), parmi lesquels les concierges et les garçons de bureau (1).

5. Les fonctionnaires sont en général nommés par le chef de l'État, ou en son nom, cependant ce n'est pas encore là un signe caractéristique pour tous, car il y a des fonctionnaires nommés par des corps constitués de l'État, ou élus par le peuple (2). Les fonctionnaires chargés de l'administration et du service intérieur du Reichstag sont nommés directement par le président de cette assemblée, sans que le pouvoir exécutif ait le droit d'in-

(1) *Reichsgesetzblatt*, 1873, p. 469-483, section IV.

(2) C'est cependant sur cette distinction que se base la loi wurtembergeoise sur les fonctionnaires, du 30 juin 1876, § 1. « Est fonctionnaire, dans l'esprit de cette loi, toute personne qui est nommée par le roi ou par une autorité administrative centrale. » Cf. Streich, *Das Württembergische Beamtengesetz*, Stuttgart, 1876. Cette distinction est admise par Gerber, *op. cit.*, p. 113 ; Ulbrich, *Staatsr. der Oesterr.-Ungarischen Monarchie*, dans le *Recueil de Marquardsen*, 1^{re} édit., 1884, IV, 1, 4, p. 65 ; Zöpfl, *op. cit.*, II, § 513, p. 778.

tervenir, et cependant ce sont des fonctionnaires d'Empire d'après la loi de 1873 (1).

Dans les deux Mecklembourg la nomination à la moitié des fonctions publiques appartient encore aux ordres du pays qui subsistent comme avant la Révolution française (2). Les grands-ducs de Schwerin et Strelitz n'ont qu'un simple droit de contrôle sur les nominations ainsi faites (3). Enfin l'élection populaire est le mode normal de nomination à tous les emplois publics, dans les Etats de l'Union américaine. Elle fonctionne aussi en Allemagne pour les charges d'honneurs des conseils administratifs communaux, cantonaux, de cercle et de Régence (4).

6. Il existe encore une autre théorie sur laquelle nous aurons lieu d'insister au chapitre suivant. C'est celle de M. Laband, professeur de droit public à l'Université de Strasbourg, et auteur d'un *Traité de droit public de l'Empire allemand* qui fait autorité en Allemagne (5).

Laband considère comme caractérisant le fonctionnaire, le rapport spécial qui unit ce dernier à l'État, rapport qui d'après lui est analogue à l'ancien contrat féodal de vassalité entre l'homme de fief et le seigneur suzerain, im-

(1) R. B. G., § 156.

(2) Ces deux pays sont encore constitués sur les bases féodales : leurs institutions semblent nous reporter au moyen âge, et cette impression est encore fortifiée par une visite aux villes de Schwerin et Strelitz. Ces deux États sont les seuls de leur genre, non seulement en Allemagne, mais dans toute l'Europe.

(3) Cf. Otto Büsing, *Staatsr. der Grossherzogthümer Mecklemburg Schwerin u. Strelitz*, dans le *Recueil de Marquardsen*, 1^{re} édit., III, II, 1, p. 61 et 62.

(4) Löning, *op. cit.*, p. 116, considère nettement l'élection comme un mode de devenir fonctionnaire.

(5) Ouvrage cité : *Staatsrecht des deutschen Reiches*, 3^e édit., Fribourg, 1895.

pliquant fidélité et obéissance. L'État serait ici le suzerain, et le fonctionnaire le vassal (1).

Malgré la grande autorité qui s'attache au nom de Laband, nous ne partageons pas sa manière de voir. C'est au prochain chapitre que nous la discuterons. Pour le moment, nous dirons qu'en supposant l'existence d'un tel rapport impliquant fidélité et obéissance, ce rapport ne semble pas caractéristique. D'une part, il n'est pas le même pour les fonctionnaires administratifs et pour les fonctionnaires d'honneur élus exerçant leur fonction gratuitement, puisque ces derniers, une fois élus, s'imposent en quelque sorte à l'État : loin d'être obéissants, ils sont souvent des agents d'opposition irréductibles, loin d'être fidèles, ils exercent souvent leur mandat contre l'État, en défendant les intérêts locaux de leurs électeurs contre les intérêts généraux du pays. Le devoir de fidélité et d'obéissance, d'autre part, n'est pas spécial aux fonctionnaires (2). Il existe aussi pour le juré ou l'échevin qui remplissent accidentellement une charge de judicature, et qui pendant la durée de leur mission sont astreints aux mêmes obligations que les juges et jouissent des mêmes protections. Ce devoir de fidélité et d'obéissance incombe encore aux soldats qui ne sont pas des fonctionnaires, tout aussi bien qu'aux officiers qui ont cette qualité. Tous prêtent en Allemagne un serment solennel à l'arrivée au corps, au même titre que les fonctionnaires en entrant au service, et le contenu de ce serment est sinon identique, au moins analogue

(1) Laband, *op. cit.*, I, p. 384 et suiv. Cette théorie a été adoptée encore par Harseim, article : *Beamte*, dans le *Handwörterbuch des d. Verwaltungsrechts* de Stengel, I, p. 136 ; Perels u. Spilling, *op. cit.*, p. 5 ; H. Schulze, *D. Staatsr.*, I, § 128, p. 316.

(2) Dans ce sens G. Meyer, *Compte rendu de la 1^{re} édition de l'ouvrage de Laband dans les Annalen des deutschen Reiches*, 1876, p. 669-670.

pour tous. L'avocat-avoué qui n'est pas en Allemagne un fonctionnaire, prête également un serment du même genre.

D'ailleurs, l'obligation à l'obéissance existe tout aussi bien et au même degré dans la vie civile que dans la vie publique : la considération qui s'attache à certaines administrations privées est égale à celle dont jouissent les fonctions publiques : qu'il soit civil ou fonctionnaire, la peine la plus grave pour un chef de bureau qui aura manqué par exemple à l'obéissance due à ses supérieurs, sera le renvoi : il ne semble donc pas que cette obéissance soit spéciale au service public.

7. Ne trouvant pas dans les théories abstraites le signe distinctif propre au fonctionnaire, nous pouvons essayer de le rencontrer dans les textes de lois : beaucoup d'entre eux en effet donnent une définition du mot fonctionnaire ; mais ici encore, nous serons déçus. Les lois ne cherchent pas à dégager des théories ; elles n'ont pour but que de se plier aux circonstances. S'inspirant d'un esprit pratique elles se bornent à spécifier à quelles personnes et dans quels cas elles doivent être appliquées. L'article 1^{er} de la R. B. G. est ainsi conçu : « Est fonctionnaire d'Empire *dans l'esprit de cette loi* tout fonctionnaire nommé soit par l'empereur, soit d'après les prescriptions de la Constitution de l'Empire, et obligé d'obéir aux ordres de l'empereur. » On chercherait en vain ici la définition du mot fonctionnaire ; notre texte ne donne que celle de « fonctionnaire d'Empire » qui la présuppose. Le Code pénal de l'Empire dit de même (art. 359) : « Il faut considérer comme fonctionnaires *dans l'esprit de cette loi* toutes les personnes nommées soit au service de l'Empire, soit au service immédiat ou médiat d'un État, à vie, à temps ou seulement provisoirement, et

sans distinction si elles ont prêté serment ou non, y compris les notaires, mais non les avocats-avoués. » Nous n'avons encore ici qu'une délimitation de la sphère d'action de la loi. La loi fédérale du 2 juin 1869 touchant les cautions des fonctionnaires de la Confédération de l'Allemagne du Nord (aujourd'hui abrogée) ne désigne également que le fonctionnaire « *dans l'esprit de cette loi* » (1). Il en est de même de la loi wurtembergeoise sur les fonctionnaires (2). On ne trouve pas davantage de définition dans le Droit commun prussien de 1792 (*Allgemeines Landrecht*), qui reste encore aujourd'hui la base de la législation sur les fonctionnaires en Prusse. L'article 1^{er} (2^e partie, titre X) est ainsi conçu : « Les fonctionnaires civils et militaires sont spécialement chargés d'entretenir et de maintenir le bon ordre et la prospérité de l'État.

§ 3. — Les fonctionnaires de carrière.

Nous venons de voir qu'aucun des caractères qu'on a essayé de présenter comme distinctifs n'est suffisamment net pour pouvoir s'appliquer à tous les fonctionnaires et les faire reconnaître à première vue. La raison de cet insuccès est dans la grande variété des fonctions publiques et dans la diversité des règles qui s'appliquent à leurs titulaires.

1. C'est en vain que l'on cherche à faire rentrer dans une même définition tous les genres de fonctionnaires. Une distinction s'impose avant tout entre les fonctionnaires de carrière et ceux d'honneur.

On appellent fonctionnaires de carrière les personnes qui remplissent dans un des organes de l'État le rôle des

(1) *Bundesgesetzblatt*, 1869, p. 161-164.

(2) Voir p. 55, note 2

employés dans une administration civile, c'est-à-dire ceux qui régulièrement exécutent une tâche déterminée et reçoivent en échange un traitement. Ce sont les fonctionnaires dans le sens le plus rigoureux et le plus ordinaire du mot.

Les fonctionnaires d'honneur, au contraire, sont ceux qui remplissent un service public gratuitement et en général pour un temps limité. Ils s'estiment suffisamment rétribués de leur peine par la considération et la distinction attachées à ce genre de services : on classera dans cette catégorie les juges de commerce (1) exerçant gratuitement et à temps des fonctions judiciaires, les consuls commerçants qui existent encore dans la législation allemande et celle de quelques autres pays (2). Ils sont nommés pour un temps illimité et rémunérés comme il a été dit par les taxes prélevées sur leurs actes (3). Enfin tous les fonctionnaires élus, communaux, cantonaux, municipaux et autres, organes de décentralisation et de self-government dans les provinces, sont également des fonctionnaires d'honneur : ils en constituent la classe la plus importante et la plus nombreuse. Ce qui les caractérise c'est qu'ils acceptent librement et gratuitement des fonctions à temps. Dans quelques provinces de l'Allemagne

(1) Les juges de commerce, institués par la loi sur l'organisation judiciaire de l'Empire (*Reichsgerichtsverfassungsgesetz*) du 27 janvier 1877, sont considérés comme des fonctionnaires par l'article 116 de cette loi, qui leur reconnaît : « Pendant toute la durée de leur fonction et pour tout ce qui a trait à celle-ci, tous les droits et devoirs des fonctionnaires judiciaires. » Il est à remarquer que dans les villes Hanséatiques, spécialement à Brême et Hambourg, l'acceptation de ces fonctions est obligatoire ; mais en fait on ne nomme que ceux qui le désirent.

(2) Loi du 8 novembre 1867, § 9.

(3) C'est de la même façon que sont rémunérés en France les agents consulaires qui fonctionnent sous la responsabilité du consul de leur arrondissement consulaire, et sont nommés par lui.

cependant ils ne peuvent se soustraire à l'exécution de leur mandat lorsqu'ils ont été valablement élus (1). Leur situation est alors très analogue à celle d'une personne contrainte dans certaines hypothèses d'accepter une tutelle déferée par un conseil de famille.

(1) En Prusse, en vertu de l'ordonnance sur les Cercles (*Kreisordnung*, § 8), les électeurs d'un Cercle rural (*Landkreis*, correspondant à l'arrondissement français) ne peuvent, une fois élus régulièrement, se soustraire à l'obligation d'exercer les fonctions de membre du Comité de Cercle (*Kreisausschuss*, qui est à peu près au Cercle ce que la Commission départementale est au département), ou celles de chef de canton (*Amtsvorsteher*).

En Saxe, en vertu de la loi du 21 avril 1873 (art. 14, 30), les habitants ou propriétaires fonciers d'une commune ne peuvent refuser les fonctions de membre du Comité de Cercle (*Kreisausschuss*) et du Comité de Canton (*Bezirksausschuss*). Dans le Grand-Duché de Bade (loi du 5 oct. 1863, § 3) il en est de même pour les Conseillers de Canton (*Bezirksräthe*). Dans le Grand-Duché de Hesse (loi du 12 juin 1874, art. 7) pour les membres du Comité de Cercle et de Province. L'obligation existe en Bavière (avec exclusion du Palatinat Bavaïrois) pour tous les fonctionnaires d'honneur (*Gemeindeordnung*, art. 172, al. 1).

Il y a cependant des causes d'excuse légale telles que la maladie, un âge avancé, des affaires compliquées ou nécessitant des absences fréquentes, etc.

D'ailleurs ces contraintes ne sont pas nouvelles : elles semblent plus particulièrement fréquentes dans les pays démocratiques. Il y a plusieurs siècles déjà, les fonctions honorifiques étaient obligatoires à Lubeck (Cf. plus loin, p. 79, note 1. En Suisse, les vieux cantons à Landgemeinde connaissaient même la contrainte à toutes les charges publiques, depuis des temps immémoriaux. A Appenzell (Rhodes Intérieures) la reconnaissance de cette obligation fait encore partie du serment des fonctionnaires communaux. « Und wozu jedermann genommen wird, daz er das halt und dem genug tüge als ver er mag ungevarlich. » Cette obligation est aussi contenue expressément dans la constitution de Lucerne, art. 13, ainsi conçue : « Les citoyens sont, en règle, tenus d'accepter les fonctions qui leur sont dévolues par les votes immédiats du peuple. Le devoir ne s'étend cependant qu'à une seule période de fonction : les cas d'excuse à cette obligation sont stipulés par la loi. » Enfin la loi cantonale de Zurich, du 27 Brachmonat (juin) 1873, art. 77, sur l'administration communale, contient une disposition analogue. Cf. Orelli, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, dans le *Recueil de Marquardsen*, 1^{re} édit., 1883, IV, II, 2, p. 116.

On voit que, même parmi les fonctionnaires d'honneur, il y a de grandes différences. Comment expliquer par exemple la contrainte qui s'exerce à l'égard de certains d'entre eux ? En réalité, elle est purement théorique, car il se trouve pour de telles places toujours plus de candidats que nécessaire ; en supposant même que l'hypothèse d'un refus se réalisât, il n'entraînerait pour son auteur, en vertu de la loi, qu'une simple amende pécuniaire et quelquefois une inéligibilité temporaire aux charges publiques électives (1). La première de ces peines est une sorte de clause pénale, ou de dédit, la seconde est inoffensive puisque l'individu refuse justement une de ces charges. Jamais un pareil refus ne peut amener une condamnation véritable ni une contrainte effective contre celui qui se récusé. On ne peut donc comparer la contrainte dans ce cas à celle qui s'applique à l'égard des jurés ou échevins, dont le refus de siéger est un délit.

Les fonctions des corps délibératifs élus sont d'une nature semblable à celles des chambres parlementaires dont on ne considère pas cependant les membres comme des fonctionnaires (2). Aussi les élus de ces conseils, tout en

(1) Les peines, en cas de refus, sont en Prusse : 1^o l'interdiction de prendre part à l'administration du Cercle, pendant 3 à 6 ans ; 2^o imposition dépassant celle des autres habitants du cercle, de 1/8 à 1/4. En Bavière, la peine est simplement d'une amende de 45 à 270 m. (56 à 337 fr.).

(2) Les membres des chambres législatives sont des organes législatifs : ils exercent une partie de la souveraineté nationale, en pleine liberté, sans contrôle et sans responsabilité à propos de leurs actes, tandis que les fonctionnaires, organes exécutifs, sont essentiellement responsables ; depuis les plus humbles jusqu'aux ministres, ils doivent rendre compte de leur activité. De sorte que, bien que les membres des chambres législatives exercent des fonctions, ils ne sont pas fonctionnaires.

Cependant, c'est en vertu de l'article 178 du Code pénal français, concernant la corruption de fonctionnaires, qu'a été poursuivi Arton dans le procès de corruption des parlementaires. On a pris ici le mot fonctionnaire comme

ayant, dans une certaine mesure, les droits et les devoirs des fonctionnaires ordinaires, en diffèrent beaucoup, car ils sont à peu près irresponsables ou tout au moins leur responsabilité, le plus souvent politique, ne trouve que rarement à s'exercer au civil. Ce sont plutôt des hommes politiques que des administrateurs. L'examen des règles qui leur sont applicables au point de vue juridique, rentre dans le cadre d'une étude sur la décentralisation et le self-government en Allemagne, plutôt que dans les limites du présent travail. Aussi ne nous en occuperons-nous pas plus longtemps.

Les fonctionnaires de carrière au contraire sont soumis à une responsabilité effective, et touchent des traitements. Ces différences valent la peine d'être prises en considération et c'est pour avoir voulu trouver une commune mesure à deux ordres très divers de personnes que les auteurs n'ont pu aboutir dans la recherche d'un signe caractéristique général.

2. Laissant de côté les fonctionnaires d'honneur, il ne nous reste plus qu'à rechercher les signes distinguant le fonctionnaire de carrière. C'est chose beaucoup moins difficile.

La conception du mot fonctionnaire implique dans tous les cas, comme nous l'avons vu, la présence d'un service

équivalent de personne qui exerce une fonction, et c'est le même article que l'on eût appliqué sans aucun doute s'il se fût agi de jurés qui ne sont pas davantage des fonctionnaires. Nous avons montré que les mots fonction et fonctionnaire ne sont pas nécessairement corrélatifs l'un de l'autre. En réalité la justice française a dû se contenter de cet article, en l'absence d'autres textes justifiant les poursuites, mais on a si bien senti l'insuffisance de la dénomination de fonctionnaire appliquée à des personnes ayant un mandat politique, qu'une loi du 4 juillet 1889, ultérieure aux faits incriminés dans le procès de Panama, est venue compléter l'article 178 et le rendre applicable à « toute personne investie d'un mandat électif ».

public, mais cette notion à elle seule est insuffisante à nous satisfaire. Il en est encore une autre qui s'applique toujours à la condition du fonctionnaire de carrière : c'est la notion de liberté : n'est fonctionnaire que celui qui le veut bien. Les auteurs sont presque unanimes sur ce point (1). Loin d'être contraints d'accepter une fonction publique, les citoyens viennent en solliciter, et l'État n'a que l'embarras du choix. D'après la législation actuelle il ne pourrait forcer personne à devenir fonctionnaire même s'il manquait d'agents : tant qu'une loi ne lui en concéderait pas le droit formel, il serait obligé de se contenter des bonnes volontés individuelles.

Le rapport qui unit le fonctionnaire à l'État se crée donc librement, mais il ne s'ensuit pas que cette liberté en constitue un caractère distinctif, car elle se trouve encore dans bien d'autres liens et rapports légaux. Quand l'État contracte avec un entrepreneur ou avec un fournisseur, il n'y a qu'un lien contractuel semblable à tous les autres, bien qu'il y ait des deux côtés liberté de s'engager.

3. Il faut renoncer à trouver un caractère type présent chez tous les fonctionnaires de carrière, leur variété étant encore trop grande pour se prêter à une définition qui ne comporte aucune exception.

Pour arriver à définir les fonctionnaires de carrière, nous réunirons ensemble les divers caractères que les auteurs ont proposés individuellement comme distinctifs, et nous dirons :

Dans l'acception usuelle et courante du mot fonctionnaire on comprend une personne ayant accepté librement

(1) Cf. par exemple Stengel, *op. cit.*, p. 137. Cependant G. Meyer, *op. cit.*, *Annalen des D. Reiches*, 1876, p. 671, et *Deutsches Staatsr.* p. 436, prétend que l'idée de la liberté n'est pas indispensable.

une nomination de l'État à un poste déterminé, ainsi que la charge d'assurer un service public permanent, moyennant un traitement annuel payé par une caisse publique.

La nomination, sauf le cas où la loi l'a confiée expressément à un organe constitué de l'État, appartient au chef du pouvoir exécutif qui peut lui-même déléguer son droit à son gré. Le fonctionnaire de carrière doit faire de la fonction son occupation principale, il doit administrer un office d'une manière permanente. Enfin il doit être payé ; peu importe qu'il le soit par une caisse de l'État ; c'est ainsi que les instituteurs primaires en France sont payés en partie sur les fonds de l'État et en partie sur des impôts communaux spécialement affectés aux caisses des écoles.

Notre définition exclut toutes les personnes qui agissent au nom de l'État en vertu d'une contrainte quelconque ou d'un devoir de sujétion, comme les soldats et les jurés, ainsi que celles qui sont engagées envers l'État par un contrat privé et temporaire, comme les entrepreneurs.

C'est dans ce sens que nous prendrons à l'avenir le mot fonctionnaire : il répond à la situation réelle de presque tous les fonctionnaires de carrière ; nous ne chercherons pas à caractériser la condition de ceux qui sortent de la généralité.

CHAPITRE III

NATURE JURIDIQUE DU LIEN QUI UNIT LE FONCTIONNAIRE A L'ÉTAT (1).

§ 1. — Différentes théories qui ont cherché à caractériser le rapport qui unit le fonctionnaire à l'Etat.

Dès que les fonctionnaires eurent acquis une situation suffisamment stable, et que leur importance eut grandi, tant au point de vue de leur nombre que de l'étendue de leur rôle, les jurisconsultes cherchèrent à découvrir la nature du lien qui les unissait à l'État.

Les théories, constructions artificielles, et *à posteriori*, en cherchant à expliquer les faits de l'expérience, changent avec ces faits eux-mêmes. Aussi, tant que les fonctionnaires ne furent autre chose que des serviteurs privés du prince, les théories qu'on leur appliqua furent basées sur l'idée d'un contrat privé entre ces deux personnes ; et comme cette époque coïncidait avec la grande renaissance des études de droit romain, on pensa d'abord à trouver dans le *Corpus juris civilis* les règles de ce contrat ; plus tard on préféra s'en rapporter au droit alle-

(1) La source la plus importante en ce qui touche le présent chapitre, est l'intéressant travail, couronné par l'académie de Munich, de Rehm : *Die Rechtliche Natur des Staatsdienstes nach deutschem Staatsrecht*, dans les *Annalen des deutschen Reiches* de Hirth, München, années 1884, p. 567 à 687 et 1885, p. 65 à 212.

mand lui-même ; puis, quand se fut reconstituée, après une longue éclipse, la notion de l'État, personne de droit public, et qu'eût disparu la conception féodale de l'État patrimonial, propriété du prince, on chercha dans le droit public la base de la fonction publique. Les théories de ce genre étaient favorables à l'intérêt général, puisqu'elles tendaient à soustraire le fonctionnaire au despotisme absolu, en en faisant un serviteur de l'intérêt public, c'est-à-dire de l'État, et non plus un domestique d'une catégorie un peu plus élevée que les autres.

Il y a eu, touchant le rapport qui unit le fonctionnaire à l'État, deux catégories d'écoles : la première en cherche le fondement dans le droit privé, la seconde dans le droit public. Nous allons les passer en revue rapidement.

I. — *Théories du droit privé.*

1. *Précaire de droit romain.* — Le précaire de droit romain est un contrat par lequel une personne, propriétaire d'une chose, en concède gratuitement la possession à une autre, avec le droit d'en user librement, mais à charge de restitution à première réquisition.

Le caractère essentiel de ce contrat est la pleine révocabilité de la concession, qui, étant gratuite, apparaît comme une faveur octroyée par le concédant.

Les anciens juristes cherchèrent à appliquer cette théorie aux fonctionnaires. Il y avait en effet quelques analogies. Le souverain accordait l'office à titre de faveur, librement et à sa convenance ; il le reprenait également à sa guise, et l'acte qui créait ce contrat, c'était l'accord des deux volontés en présence (1). Il y avait cependant une

(1) Cf. Myler ab Ehrenbach, *Hyparchologia (seu de officialibus, magis-*

grave lacune dans cette assimilation. Le traitement, en effet, devenait inexplicable. Pourquoi le prince qui accordait déjà une première faveur en distribuant les offices, y joignait-il encore un traitement annuel ? Les auteurs qui soutenaient cette théorie, Myler v. Ehrenbach (1678) et Henning Böhmer (1734) étaient obligés de reconnaître au traitement le caractère d'une seconde grâce indépendante de la première et nullement obligatoire (1). La théorie péchait encore par d'autres bases : elle ne tenait pas compte de ce fait que le contrat était conclu au moins autant dans l'intérêt du prince que dans celui du fonctionnaire, le premier ne pouvant se passer d'agents pour exécuter ses volontés, alors que le particulier trouvait facilement un emploi ailleurs que dans le service public.

Il n'y a plus aujourd'hui qu'un intérêt historique à rappeler une pareille conception, car la principale analogie du service public avec le précaire, à savoir le retrait ar-

tratibus et administris liber singularis), Stuttgart, 1678. Il trouve dans le contrat de service public toutes les conditions du précaire ; ch. III, § 32, n° 100, p. 102 : « In officio autem a Principe collato, omnia precarii requisita et quidem substantialia concurrunt. *Primo* enim in munere publico commisso, consensus intervenit utriusque partis, tam dantis, quam accipientis ; *Secundo* accedit muneri, traditio et immissio in functione collata ; *Tertio* quod munus concreditum, pro lubitu concedentis revocare liceat, quando voluerit. Quod, *pro quarto* adeo verum est, ut pactum precario adjectum, nullum sit, quod munus precario collatum irrevocabile efficit » et plus loin, ch. IV, § 2, n° 6, p. 176 : « Quoniam ea quæ precario concessa sunt, in liberrimo Principis arbitrio consistunt. Is enim qui rem precario concessit, potest illam revocare prout liberuit.... Utitur autem Princeps, revocando officium, suo jure, ideo nemini facit injuriam. »

Dans le même sens : Henning Böhmer, *Doctrina de jure principis circa dimissionem ministrorum*, Halle, 1734, chap. II, § XVI, p. 40 : « Huic sententiæ eo (de Myler v. Ehrenbach) magis accido, quod natura officiorum, et respectus qui inter principem et ministros intercedit, aliud negotium vix admittant. »

(1) Böhmer, *op. cit.*, ch. II, § XVI, p. 40. Voir aussi Rehm, *op. cit.*, *Annalen*, 1884, p. 585-592.

bitraire de l'office, a disparu dans le droit allemand, où le fonctionnaire ne peut être destitué que dans des cas déterminés et à la suite d'une procédure régulière intentée devant des tribunaux spéciaux.

2. *Louage d'ouvrage*. — On a cherché à assimiler le service du fonctionnaire à une *locatio conductio operarum* dans laquelle « *dominum conductoris, officialem operii mercenarii loco est* » (1). Cette théorie, au lieu de faire du traitement un accessoire, l'élève au premier plan. Elle assimile pleinement le fonctionnaire à un domestique (2).

Son point faible est que le droit romain exigeait, pour qu'il y eut *locatio conductio operarum*, la prestation d'*operæ illiberales*, ce qui excluait les travaux intellectuels. Le droit romain ne considérait pas comme *illiberales* les travaux du médecin et de l'avocat auxquels on peut assimiler le service public. L'honoraire, *honor*, était la rémunération des professions libérales, par opposition au salaire, *merces*, touché par les *locatores operarum* (3).

(1) Kress, *Dissertatio juridica de jure officiorum et officialium*, Helms-tadt, 1732, ch. II, § 15, p. 33.

(2) Les auteurs qui ont soutenu cette théorie sont : Kress, *op. cit.*, ch. II, § 15 ; Wolff, *Institutiones juris naturæ et gentium*, Halle, 1750, pars VII, § 895-925 ; Neumann, *Meditationes juris principum*, Francfort-sur-Mein, 1751, l. III, titre 2, § 237-246, p. 211. Plus tard Haller, *Restauration der Staatswissenschaften*, Winterthur, 1817, II, p. 439. Puis G. Struben, *Rechtliche Bedenken*, 3^e édit., Hanovre, 1827, II, n° 423, p. 223. « Un seigneur peut-il sans raison révoquer son fonctionnaire?... Beaucoup d'auteurs le nient... Je ne suis pas de cet avis, car un serviteur est un *locator operarum*, et les *locationes* généralement ne sont pas viagères ». En contre il reconnaît aux fonctionnaires le libre droit de résilier leur fonction (p. 218).

(3) La théorie du louage est déjà repoussée par Böhmer, *op. cit.*, ch. II, § XV, p. 39 : « Inter principem et subditum hic non contrahitur... per locationem operarum, et quamvis locationis quoque speciem habere videatur, opera tamen ministrorum mercenaria aut locari solita dici nequit, nec salarium, quod iis soluitur mercedis rationem habet. »

On admettait sans contestation en droit romain que le travail de l'es-

Cette théorie a cependant été reprise en droit moderne. Certains jurisconsultes ont assimilé l'État à un patron; et le fonctionnaire à un ouvrier. Les textes de lois ne font plus en effet de distinction entre les *operæ illiberales* et les *operæ liberales*. Le Code civil français, article 1710, définit ainsi le louage : « Le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles ». Ce texte n'exclut pas les *operæ liberales* (1).

Cherchant à appliquer cette définition, on fait observer que le fonctionnaire « s'engage à faire quelque chose » pour l'État, tandis que ce dernier doit payer « le prix convenu » c'est-à-dire le traitement.

Mais le contenu n'est pas le même dans ce contrat que dans le contrat de louage : tandis que l'individu qui loue ses services n'est obligé qu'à effectuer le travail promis, le fonctionnaire a des devoirs plus étendus. Il est, en vertu de la loi, tenu de se conduire honorablement, même en dehors du service (2); l'État a ainsi un droit de surveillance sur sa vie privée, droit que ne possède jamais celui qui loue les services de quelqu'un. Une autre différence entre les deux sortes de contrats réside dans ce fait que le

prêt humain ne peut être apprécié en argent. Lorsqu'on est en présence de l'*honor*, il peut y avoir mandat, mais non pas *locatio conductio operarum*. Ulpien, lex 6, Dig. : « Si remunerandi gratia honor intervenit, erit mandati actio ».

(1) Le Code civil italien, article 1570, n'est que la traduction littérale de notre article 1710 : il ne parle pas des *operæ liberales*. Le nouveau Code civil allemand, au contraire, est plus explicite. (§ 611) « Par le contrat de louage, l'un des contractants qui promet un service, s'oblige à l'exécuter, et l'autre contractant s'engage à effectuer la contreprestation promise ».

« Des services de tous genres peuvent être l'objet du contrat de louage » c'est dire expressément que le travail intellectuel n'exclut pas par lui-même l'idée de louage.

(2) R. B. G., § 10.

louage d'ouvrage est de sa nature temporaire : comme le dit le Code civil français (art. 1780), « on ne peut engager ses services qu'à temps ou pour une entreprise ». Le service public, au contraire, est en principe viager, ainsi que le prouve le § 2 de la R. B. G., d'après lequel, sauf réserve expresse du contraire, la nomination d'un fonctionnaire est faite pour la vie entière.

Enfin, le particulier qui loué les services d'un ouvrier a seul qualité pour le renvoyer, tandis que d'après la législation allemande le fonctionnaire ne peut être renvoyé que par un jugement, et il en est de même dans toutes les législations pour certaines catégories de fonctionnaires (les magistrats par exemple).

Malgré cela la théorie du louage d'ouvrage a été reprise plusieurs fois en France et en Allemagne (1).

Elle a même été portée assez récemment à la tribune de la Chambre des Députés française, dans le but de faire reconnaître aux employés de l'État le droit de grève qu'on ne peut leur refuser s'ils sont dans la même situation légale que des ouvriers, ces derniers possédant légalement le droit de coalition.

3. *Mandat.* — Quelques auteurs n'osant assimiler le service public à des *operæ illiberales*, ni le traitement au *merces*, identifièrent le contrat de fonction publique avec le mandat, contrat par lequel une partie donne à l'autre pouvoir de la représenter pour l'accomplissement de certains actes. Ils se basaient sur les analogies suivantes : à savoir que le prince choisit librement ses fonctionnaires

(1) Elle a été adoptée en Allemagne dans une décision de la Cour d'appel de Leipzig, du 3 septembre 1863, citée par Laband et qu'on trouvera dans la Revue *Wochenblatt für merkwürdige Rechtsfälle*, 1864, n° 11, p. 83-84.

et leur retire arbitrairement leur emploi, comme fait un mandant vis-à-vis de son mandataire ; que de son côté l'officier public a le pouvoir de représenter le prince et d'engager ce dernier directement par ses actes, ainsi que le droit de se retirer de son office à son gré, sous la seule obligation de terminer les affaires entreprises (1).

Cette théorie n'explique pas le traitement. En droit romain le mandat est essentiellement gratuit, et l'*honor* qui dans certains cas est destiné à le rémunérer a un caractère gracieux, non obligatoire : on ne peut le réclamer en justice. Une telle conception du service public ne pouvait se soutenir qu'à une époque où le prince destituait à volonté ses officiers, et où leur traitement n'était pas assuré.

Il n'en est plus de même aujourd'hui. Le fonctionnaire dans tous les pays peut réclamer son traitement devant les tribunaux civils ou au moins devant les tribunaux administratifs : c'est pour lui un droit effectif. Le droit de révocation arbitraire a disparu également du droit allemand, et par là même toute raison d'assimiler la fonction publique au mandat. L'assimilation ne nous semble

(1) Huldericus ab Eyben, *Scripta quæ de jure civili, privato, publico et feudali privatim edidit*, Strasbourg, 1708, 2^e partie, p. 180, n^o XV : « Magistratum et aliorum officialium constitutio fit quasi per contractum mandati, quo et privatus negotia sua alteri gerenda committit, et uti mandatum privati hominis non suscipere cuilibet liberum est. » Cf. encore, F. Christophorus Harpprecht, *Consilia Tubingensia*, Tübingen, 1695, cons. 95, p. 1813, n^o 257 : « Quamvis enim certum sit facta officialium pro facto ipsius principis haberi. »

Plus tard la théorie a été reprise par Schenk, dans la *Allgemeine Polizei und Justizfama* de Hartleben : article intitulé *Ueber die Rechtsverhältnisse der Staatsdiener*, année 1815, p. 34 à 43. Pour lui il y aurait ici un mandat, mais d'une nature spéciale en ce sens qu'il serait irrévocable. Cf. Rehm, *op. cit.*... *Annalen*, 1884, p. 651.

pas justifiée non plus dans les pays où le droit de révocation subsiste, comme en France ou en Italie, car, outre que dans ces pays beaucoup de fonctionnaires échappent à la destitution arbitraire, le contrat de mandat y est gratuit en principe comme dans la législation allemande (1-2). Malgré ces raisons quelques décisions judiciaires semblent considérer le service public comme un mandat (3).

4. *Contrat innommé*. — Toutes les fois qu'on ne peut trouver pour un contrat un nom déterminé, on lui donne celui de contrat innommé. Définir un contrat de cette façon c'est en réalité ne pas le définir du tout : cependant on peut montrer que même la notion si vague du contrat innommé de droit romain ne peut s'appliquer ici.

On ne peut songer en effet à appliquer ni le contrat *facio ut facias*, ni le contrat *do ut des* ; il ne reste donc que les

(1) Nouveau Code civil allemand : *Auftrag*, § 662 ; code civil français, art. 1986.

(2) Certains auteurs ont admis que dans certains cas le contrat de service était une *locatio conductio operarum* et dans d'autres un *mandatum*. Cf. F. Christ. Harpprecht, *Responsa juris, criminalia et civilia*, Tübingen, 1701, vol. IV, resp. 93, p. 720, n° 77. « Es werden gleich solcherley officiales per locationem conductionem oder per contractum mandati constituiert ». Dans le même sens, en droit moderne : Ernesto Miceli, *Le quarentigie dei funzionari pubblici*, Catane, 1897, p. 63 et suiv., qui adopte la théorie de Meucci, *Ist. di diritto amministrativo*, I^{re} partie, sect. II, ch. V, art. 2. D'après ces deux auteurs, le signe distinctif entre la *locatio conductio operarum* et le *mandat* ne serait pas constitué par la présence d'un salaire mais par la possibilité de représenter quelqu'un, et d'engager directement un tiers avec lui. Par suite, toutes les fois que le fonctionnaire a pouvoir de représenter l'État (par ex. un préfet), il y a mandat, lorsqu'au contraire, et c'est le cas le plus fréquent, le fonctionnaire n'a que des attributions purement exécutives, il est dans le rapport de louage d'ouvrage, vis-à-vis de l'État.

(3) Cf. Laband, *op. cit.*, I, p. 391, note 4.

Perriquet dans son ouvrage sur les *Contrats de l'Etat*, Paris, 1884, range le droit des fonctionnaires sous la rubrique *Mandat*, mais sans donner ses raisons, p. 444.

contrats *do ut facias* et *facio ut des*. Mais, outre que ces deux contrats supposent une prestation déterminée, alors que le fonctionnaire a des obligations et des devoirs généraux, ils comportent toujours un *dare* qui manque quelquefois lorsqu'il s'agit de fonctions non rétribuées par un traitement, telles que celles des consuls commerçants; ensuite le fonctionnaire peut être payé dans certains cas sans *facere*, par exemple s'il est malade ou en disponibilité. Enfin le contrat *do ut facias* suppose le droit de se rétracter des deux côtés (*jus pœnitendi*), alors que l'État ne peut souvent retirer à son gré la charge qu'il a confiée : le contrat *do ut facias* est aussi annulé par la simple inexécution du *facere*, et toujours subordonné à ce dernier, le *dare* n'étant dû qu'après, tandis que l'État est obligé de payer le traitement du fonctionnaire même si ce dernier n'accomplit pas ses devoirs. Il peut, il est vrai, le révoquer pour ce fait, mais jusqu'au jour de la destitution le traitement reste dû intégralement (1).

5. *Donation*. — Une théorie curieuse est celle qui assi-

(1) La théorie du contrat innommé a été soutenue par Westphal, *Deutsches Staatsrecht*, 1784, Abh. 49, § 7, p. 171. « Il y a ici certainement un vrai contrat, et si l'on veut lui donner un nom latin, c'est un *contractus innominatus*, mais il n'est pas spécifié pour un certain temps, et par suite peut toujours être rompu unilatéralement. » Dans le même sens une opinion anonyme du *Staatsanzeigen* de Schlözer, Göttingue, 1785, vol. VIII, livraison 29, p. 3, sous le nom de : « *Votum über die Frage, ob und in wie fern ein Princeps berechtigt sei seine Diener zu dimittiren oder einem in officio publico stehenden officialem seines Deinstes zu entsetzen* (spécialement, p. 9). Runde, *Zusätze zur Abhandlung über die Abdankung der Dienerschaft*, dans la même livraison du *Staatsanzeigen*, p. 43-48, se joint à l'avis de l'auteur du *Votum*, mais il croit que le contrat est un peu spécial, car il y a « dans la situation personnelle des deux parties contractantes ou dans l'objet de leur accord de volonté des raisons créant une vraie inégalité de droits et devoirs » (p. 46). Enfin dans le même sens : Hertel, *Einige Worte über den Staatsdienst, besonders in Hessen*, 1827. Cf. encore Rehm, *op. cit.*, *Annalen*, 1884, p. 603-609.

mile le service public à une donation faite par l'État au fonctionnaire. Elle a été soutenue par un seul auteur dont le nom est inconnu, dans un numéro de revue paru en 1828. « L'office est purement et simplement une donation *sub modo*, et ne peut être repris que quand le donataire dénature ou ne remplit pas le *modus* (1). »

Cette théorie a pour but d'assurer la stabilité des offices dans la mesure où elle est nécessaire, tout en maintenant le droit de résiliation du fonctionnaire. « Tant qu'il n'a pas manqué au contrat, la donation ne peut être révoquée par le donateur, mais le donataire peut bien la rendre ou y renoncer, c'est-à-dire donner sa démission. Ici le droit de congé n'est pas réciproque, il n'existe que du côté du fonctionnaire, et sa liberté personnelle est ainsi réservée. Nul n'a droit à un cadeau, mais une fois qu'on le lui a fait, et lorsqu'il l'a accepté, le donateur ne peut reprendre ce cadeau sans des motifs légaux ; il n'en a le pouvoir que par voie de droit, et d'autant moins, lorsque la donation est *sub modo*, dans quel cas le traitement du fonctionnaire et l'honneur qui résulte de la fonction doivent être considérés comme les objets de la donation » (2).

Une pareille théorie ne peut être citée que pour sa rareté, et à titre de document, car la donation suppose l'intention de gratifier le donataire, même lorsqu'elle est à titre onéreux, alors que le service public suppose avant tout l'intérêt de l'État, et non pas celui du fonctionnaire, le premier n'assurant au dernier certains avantages que parce qu'il ne trouverait sans cela personne pour le servir.

(1) *Allegm. juristische Zeitung*, d'Elvers et Benders, 1828, n° 46 p. 182.

(2) *Op. cit.*, n. 48, p. 189.

6. *Contrat spécial de service public.* — Nous arrivons maintenant à un groupe de théories plus ou moins analogues, partant de l'idée d'un contrat privé entre l'Etat et le fonctionnaire, mais formant la transition avec les théories de droit public, en ce sens qu'elles reconnaissent la grande influence du droit public sur la condition du fonctionnaire.

a) *Théorie de v. der Becke* (1). — Se basant sur ce fait que la fonction publique est libre, que nul n'est contraint de l'accepter, von der Becke admet entre le prince et le fonctionnaire un véritable contrat dont la durée est indéterminée (2).

Une fois nommé, l'officier a un droit effectif sur son office, et ne peut être révoqué (3). Quant au nom de ce contrat, von der Becke renonce à le classer parmi les contrats définis ; il le nomme *Contrat de service public* (*Dienstvertrag*) et le considère comme *sui generis*. Ce qui caractérise sa théorie, c'est l'influence du droit public sur le rapport qui unit le fonctionnaire à l'Etat, influence qu'il reconnaît le premier en admettant que le service public existe non dans l'intérêt du prince, mais dans celui d'une personnalité plus haute, l'Etat. C'est en vertu du droit public que le prince a le droit, en même temps que le devoir de se garantir contre les actes nuisibles de ses fonctionnaires. Il peut les révoquer quand ils sont incapables,

(1) Von der Becke, *Von den Staatsämtern und Staatsdienern*, Heilbronn, 1797.

(2) *Op. cit.*, 1^{re} partie, § 14, p. 36. « Le prince ne peut forcer personne contre sa volonté à se charger d'un office.... Il prépose donc à l'office celui qui consent à l'administrer.... Le serviteur reçoit son office par un contrat qui est le contrat de service public.... Peu importe au point de vue de sa nature qu'il ait un nom ou qu'il n'en ait pas. »

(3) *Op. cit.*, 2^e partie, § 63, p. 89. Cf. aussi Rehm, *op. cit.*, *Annalen*, 1884, § 16, p. 622-630.

ou se priver de leurs services quand ils sont trop vieux ; si les règles du droit privé qui régissent le contrat leur garantissent l'inamovibilité, l'intérêt de l'État qui passe avant celui du fonctionnaire, exige que le prince puisse, dans certains cas, déroger à l'irrévocabilité de la nomination. Il y a donc lieu d'appliquer à l'État l'adage : *salus populi suprema lex esto* (1).

b) *Théorie de Meisterlin* (2). — Meisterlin admet aussi comme base du service public un « contrat de service public » mais il le complique. Il distingue la situation officielle du fonctionnaire et l'exercice effectif de la fonction que comporte cette situation, et il décompose le lien de fonction en deux contrats parallèles (3). Le premier, ou contrat de service public, il le conçoit à peu près comme von der Becke ; c'est celui par lequel un citoyen se déclare librement prêt à remplir une charge, en échange de quoi l'État lui assure un traitement ; c'est un contrat de droit privé. Mais la remise effective de la charge n'est pas

(1) Cette théorie a été adoptée plus tard, à peu près sans modification, par les auteurs suivants : J. Leist, *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*, Göttingen, 2^e édit., 1805, § 117-122, p. 360-377. « La base du lien qui unit la puissance publique et le fonctionnaire est un contrat de nature spéciale, le contrat de service. » « En règle aucun sujet ne peut être contraint à se lier par ce contrat » (p. 367). Emmermann dans le *Rheinischer Bund* de Winkopp, t. IV, livraison 12, p. 421-442. Lud. Klüber, *Öffentliches Recht des deutschen Bundes und der Bundesstaaten*. 1^{re} édit., 1817, 4^e édit., 1840, § 490, p. 718 et § 492, p. 720. Ersch et Gruber, *Allgemeine Encyclopädie*, 1819, art. *Amt*, de Mittermayer, III^e partie, p. 424-425. Silv. Jordan, *Lehrbuch des Allg. u. deutschen Staatsrechtes*, 1831, I, § 72. « Le service public actuel repose sur un contrat spécial de *munere publico suscipiendo* » (p. 94). Spangenberg, *Praktische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit*, Brunswick, 1837, II, p. 4. E. von Moy, *Das Staatsrecht des Königr. Bayern*. Ratisbonne, 1841, 1^{re} partie, 1^{re} sect., p. 319.

(2) F. Meisterlin, *Die Verhältnisse der Staatsdiener nach rechtlichen Grundsätzen*. Cassel, 1838.

(3) Meisterlin, *op. cit.*, p. 22-24.

toujours concomitante de la nomination du fonctionnaire (1). Cette remise nécessite un deuxième contrat qui est d'une nature différente et qui ressemble fort à un mandat. Meisterlin cherche ensuite à établir que le droit romain ne s'oppose pas dans certains cas à un *salarium* accessoire du mandat. Comme von der Becke, il reconnaît l'influence du droit public sur le contrat, et c'est dans l'intérêt de l'État qu'il accorde au fonctionnaire le droit de se retirer à son gré de la fonction, en renonçant au traitement, car dit-il, celui qui ne sert pas de son plein gré sert mal (2).

Ce qu'il faut retenir de cette théorie c'est la distinction entre le contrat de service public et l'exercice effectif de la fonction.

II. — *Théories du droit public.*

1. *Contrainte légale au service public.* — L'État ne peut vivre que par l'entremise des hommes : c'est sur cette nécessité que reposent les impôts, et toutes les exigences de l'État envers ses sujets. Quelques auteurs ont cherché à construire la théorie du service public sur la même base. Il existerait pour le sujet une obligation à devenir fonctionnaire lorsque l'État réclame ses services, et ce ne serait là qu'une aggravation des autres devoirs impliqués par la sujétion.

Cette théorie qu'on trouve déjà chez des auteurs très

(1) Meisterlin, *op. cit.*, p. 12. « Le contrat qui crée ce devoir général de rendre des services permanents subsiste pleinement, même lorsque de tels services dont on a été chargé et que l'on s'est engagé à remplir, ne le sont qu'incomplètement, ou même pas du tout. Dans ce cas le fonctionnaire remplit entièrement son obligation en se déclarant prêt à les accomplir. »

(2) Cf. encore Rehm, *op. cit.*, *Annalen*, 1884, p. 652-658.

anciens (1) est reprise en 1788 par Malacord (2) qui admet en principe la contrainte, mais elle doit être selon lui très rare, et elle n'exclut pas le consentement du sujet, ni la nature contractuelle du lien entre le fonctionnaire et le prince (3).

Seuffert (4) développe plus tard cette théorie et pose comme principe absolu l'obligation du citoyen à devenir fonctionnaire quand il y est appelé. C'est là une obligation essentiellement de droit public qu'il définit ainsi : « Pour pouvoir déterminer la nature du rapport qui unit l'État et le fonctionnaire, je pars de ce principe simple du droit public général, que chaque membre de l'État est pleinement obligé au service public. Quiconque est né dans l'État et a l'intention d'y rester, s'engage tacitement en échange des avantages qu'il retire de sa participation à la société, à servir l'État, c'est-à-dire à concourir selon ses forces au grand but final de l'État (5). » Mais on ne peut contraindre tous

(1) L'idée de la contrainte aux offices se trouve chez Fred. Manzeln, *De coactione ad munera et officia publica spectatim juxta jus Lubecense*. Rostock, 1755, § XVI, p. 12. Il s'appuie sur ce fait qu'à Lubeck celui qui était nommé Bourgmestre ne pouvait se soustraire à l'exercice de sa charge : « Niemand der zu Rath oder Bürgermeister gekoren wird, kan sich dessen erwehren bey Verlust der Stadtwohnung und zehn Mark löthiges Goldes. »

(2) Malacord, *De publicis officiis absque justa causa eiusque legali cognitione non auferendis*. Göttingen, 1788.

(3) Malacord, *op. cit.*, § VII, p. 8 : « Et si etiam admittatur casus ejusmodi rarissimus, subditi licet coacti consensus necdum excluditur nam facite saltem in pacto subjectionis consentit, se non res suas tantum, sed et personam cum omnibus suis facultatibus in salutem civitatis adhibere velle. »

(4) Seuffert, *Von dem Verhältnisse des Staats und der Diener des Staats gegeneinander im rechtlichen und politischen Verstande*, Würzburg, 1793.

(5) Seuffert, *op. cit.*, § 3, p. 9.

les citoyens au service public et l'on choisit ceux qui y sont les plus aptes (1).

Le service public est donc obligatoire, mais selon Seuffert, nous n'en sommes pas moins en présence d'un contrat (2), lequel a sa base dans une sorte de Contrat social qui atteste la grande influence de Rousseau, en Allemagne, à l'époque de la Révolution française (3). D'une part, l'État réclame du citoyen l'accomplissement de son devoir, et « lui donne le droit de le remplir, de l'autre, le citoyen déclare ou reconnaît son obligation à ce service spécial, et promet d'employer à le remplir les forces dont il dispose » (4). Le contrat est *sui generis* et se porte par un nom connu.

Quant aux conséquences de cette théorie, elles sont les suivantes : le citoyen n'ayant pas accepté librement sa fonction, ne peut la résilier librement ; il n'y a à cette règle que des exceptions, comme la maladie ou la vieillesse. Le citoyen n'a pas davantage droit à un traitement, qui n'est pas essentiel dans le contrat, car l'intérêt de l'État est seul en jeu, et le sien n'est qu'accessoire. Il n'a droit réellement qu'à être rendu indemne des dommages subis dans l'exercice de ses fonctions et par celles-ci. Mais par

(1) « Quand l'accomplissement d'un besoin de l'État n'exige que l'effort d'une seule force, c'est celui qui la possède qui est obligé de la fournir », § 5, p. 10.

(2) Comme Malacord, il admet que la contrainte n'exclut pas le contrat, et ce contrat qui repose essentiellement sur le droit public est cependant de droit privé.

(3) « Mais où est la base de l'obligation de tous à ce service public, et de chacun à un service déterminé ? Elle est dans le contrat formel ou spécial que chacun passe avec tous ou avec l'État entier, contrat par lequel il s'oblige dans l'intérêt public dont est chargé l'État, à contribuer selon ses forces à son maintien », § 7, p. 17.

(4) Seuffert, *op. cit.*, § 15, p. 26. Cf. encore Rehm, *op. cit.*, 1884, p. 614-622.

contre, il a un droit effectif à l'exercice de sa fonction, car c'est par un contrat que l'État le lui a conféré (1).

C'est Gönner qui, dans un ouvrage très remarqué, paru en 1808, fixa définitivement la théorie de la contrainte publique (2). Elle eut depuis de nombreux adhérents et n'est peut-être pas encore complètement abandonnée aujourd'hui.

Gönner part du même principe que Seuffert, c.-à-d. l'obligation du citoyen à servir l'État, mais il pousse plus loin cette théorie, et en tire plus logiquement les conséquences. Il rejette toute idée de contrat quel qu'il soit. Devenir fonctionnaire, c'est obéir à un ordre (3).

C'est là une grande supériorité sur la théorie Seuffert, car, si comme le pense ce dernier, la contrainte n'exclut pas le consentement, toute obéissance à une contrainte devient un contrat. C'est la négation même de l'idée de liberté. Il faudrait alors admettre qu'une personne à laquelle on donne le choix entre « la bourse ou la vie » et

(1) La théorie de Seuffert est partagée encore par J. Bischoff, *Handbuch der deutschen Canzley-Praxis für angehende Staatsbeamte und Geschäftsmänner*, Helmstädt, 1798, § 74, p. 190. « Le citoyen est obligé d'accepter un office quand la chose lui est commandée par le souverain... ceci s'applique même à des services tels... qu'ils exigent des capacités intellectuelles éminentes et une préparation spéciale. » Bischoff admet, *op. cit.*, p. 194, comme Malacord et Seuffert, que la contrainte n'exclut pas le consentement. Voir encore du même auteur : *Endigung der Staatsdienste* : Helmstädt et Leipzig, 1797 : le fonctionnaire ayant passé un contrat véritable ne peut se retirer à son gré, p. 7.

(2) Gönner, *Der Staatsdienst aus dem Gesichtspunkte des Rechts und der Nationalökonomie*, Landshut, 1808.

(3) Gönner, *op. cit.*, § XVI, p. 51. « Le prince a le droit de satisfaire tous les besoins de l'État avec les forces unies de l'État : il réclame de ses sujets la prestation des services nécessaires comme obligation d'État, sans se préoccuper de leur consentement, et ne se comporte pas plus en contractant vis-à-vis de ses sujets pour ce qui touche le service public que pour ce qui touche les impôts, » et § XVII, p. 52 : « Chaque besoin de l'État est assis sur toutes les forces qui y sont contenues ».

qui livre son porte-monnaie passe un contrat régulier avec son voleur, en vertu duquel elle ne peut, par la suite, rien répéter contre lui s'il est pris. D'ailleurs un principe de ce genre est en contradiction avec toute notion de contrat, et notre Code civil, comme ceux des pays voisins, exige pour la validité d'un contrat la liberté des consentements : il annule les contrats conclus sous l'empire de la violence.

Selon Gönner, tous les citoyens ont des devoirs égaux ; l'État peut donc exiger de tous des prestations égales, c'est-à-dire le même *quantum*, mais il ne s'ensuit pas qu'il exige de tous la même chose, c'est-à-dire le même *quale* ; car « l'égalité de droit ne consiste pas en ce que chacun accomplisse la même chose, mais en ce qu'il coopère selon la mesure de ses forces (1) ». C'est pourquoi l'État place les uns dans un service subalterne et les autres dans un service plus élevé. Il reste à expliquer le traitement. Gönner le conçoit de la façon suivante : si l'on réclame d'un fonctionnaire un service technique ou spécial, ayant nécessité une instruction et une préparation particulière, on exige de lui plus que des autres, car il y a immobilisation d'un capital intellectuel dont on lui doit indemnité. C'est la raison du traitement, lequel n'est dû que dans le cas où il y a excédent du travail demandé à l'un sur celui fourni par les autres. Les services inférieurs en conséquence ne seront rétribués que juste dans la mesure indispensable pour permettre de vivre à ceux qui en sont chargés ; au contraire les services intellectuels doivent rapporter, outre les moyens d'existence matérielle, l'intérêt du capital que représente l'instruction acquise et mise au service de l'État.

(1) Gönner, *op. cit.*, § XVII, p. 53.

Après Gönner, sa conception a été soutenue par de nombreux auteurs. H. Heffter (1829) (1) admet le pouvoir de contrainte de l'État, mais pose quelques restrictions quant à son exercice. Salomon Zacchariä (1842) (2) se borne à indiquer le droit de l'État, et à observer qu'il trouve rarement à s'appliquer. Perthes (1838) (3) est encore très fervent adepte du pouvoir absolu de l'État. Il reconnaît également que la contrainte est rare, en raison du nombre des candidats aux fonctions publiques, mais selon lui le devoir du citoyen n'en subsiste pas moins lorsqu'il est rempli avec joie (4).

La théorie de la contrainte au service public est un produit de la Révolution française : elle s'est développée sous l'influence des idées maîtresses qui guidaient les hommes de cette époque ; comme nous l'avons dit à propos d'un passage de Gönner, toute la littérature du droit public de cette époque est inspirée de Rousseau et de Montesquieu. On peut trouver d'ailleurs un point de départ évident à la théorie de Seuffert et Gönner dans la loi française des 3-22 août 1790 par laquelle l'Assemblée nationale proclamait que « chez un peuple libre, servir l'État est un devoir que tout citoyen est tenu de remplir ».

(1) Aug. Heinr. Heffter, *Beiträge zum deutschen Staats-u. Fürstenrecht*, Berlin, 1829, p. 126.

(2) Karl. Salomon Zacchariä, *40 Bücher vom Staate*, 2^e édit., 1842, 35^e livre, 6^e partie, p. 204-210, spécialement p. 204. « Bien que l'Etat ait le droit rigoureux de contraindre ses citoyens à accepter un office ou à rester en fonction lorsqu'ils l'exercent déjà... cependant, en règle générale, l'État doit les laisser libres d'entrer ou non à son service et d'y rester. »

(3) Perthes, *Der Staatsdienst in Preussen. Ein Beitrag zum deutschen Staatsrecht*, Hambourg, 1838, p. 52.

(4) Perthes, *op. cit.*, p. 54. La théorie a encore été soutenue par Dahmann, *Die Politik auf den Grund und das Mass der gegebenen Zustände zurückgeführt*, 3^e édit., Leipzig, 1847, 1 vol., p. 276.

Mais les idées de Rousseau, d'après lesquelles l'État dérive de la société par un contrat social, sont aujourd'hui presque abandonnées. Si l'on admet que ce fameux contrat est une fiction, et si l'on repousse la théorie des droits naturels de Spencer, pour reconnaître que l'individu n'a pas d'autres droits que ceux qui lui sont expressément concédés par l'État, il faut aussi admettre que l'État aurait sans aucun doute le droit d'établir législativement une contrainte au service public, comme il y en a une au service militaire (d'ailleurs la chose ne serait pas nouvelle) (1), mais qu'en l'absence de texte une pareille contrainte ne peut se présumer.

Le droit positif n'en montre nulle part l'exemple et notre théorie tombe par cette seule constatation. Les auteurs qui l'ont soutenue se sont placés au point de vue idéal, et non au point de vue pratique. C'est si vrai que Gönner, dont le livre est un commentaire de la Pragmatique bavaroise de 1805, sur les fonctionnaires, est obligé, pour mettre sa théorie d'accord avec cette Pragmatique, de dire que l'État a renoncé à son droit absolu.

A l'époque de Seuffert et Gönner déjà, de nombreux auteurs réfutaient leur théorie en les renvoyant au droit positif (2).

(1) En droit romain, les curiales, ou décurions (collecteurs d'impôts) se transmettaient leur charge de père en fils, obligatoirement et sans pouvoir s'y soustraire ; l'État n'avait pas trouvé d'autre moyen de les recruter, en raison de la responsabilité écrasante attachée à ces fonctions.

En droit allemand nous avons déjà cité des pénalités légères infligées à ceux qui refusent certaines fonctions d'honneur : c'est assurément un pas dans la voie de la contrainte.

En Russie, les fils de fonctionnaires étaient tenus autrefois, et même jusqu'à la fin du règne de Nicolas I^{er}, de devenir fonctionnaires. Ils sont libres aujourd'hui. Cf. Engelmann, *Staatsrecht des Kaiserthums Russland*, dans le *Recueil de Marquardsen*, 1^{re} édit., 1885, IV, II, 1, § 99, p. 134.

(2) V. der Becke protestait déjà contre l'idée d'une obligation au ser-

2. *Acte unilatéral de l'État*. — Dans un petit ouvrage, paru en 1788 et devenu rare aujourd'hui, Malacord (1) avait soutenu que la concession d'un office est un privilège, car par cet acte le prince assure un avantage à un particulier. Il entend le mot privilège dans le sens de *privata lex*, mais il le conçoit cependant comme contractuel, puisqu'il y a, dit-il, accord de volontés et engagements synallagmatiques (2), et par suite le privilège, comme tout contrat, est irrévocable.

Admettre d'un côté un acte souverain du prince, une *lex privata*, et de l'autre, considérer cet acte souverain comme élément constitutif d'un contrat libre, est une in-conséquence, car le souverain en cette qualité, n'agit pas par contrat, mais par contrainte : aussi les successeurs de Malacord repoussent-ils toute idée contractuelle. Ils admettent simplement celle d'un acte souverain et unilatéral de l'État.

D'après eux, ce serait l'État tout seul qui créerait le rapport de fonction publique, et, chose remarquable, sans forcer personne, par une véritable ordonnance, une *lex privata*, une manifestation du pouvoir législatif du prince.

vice public : toute la première partie de son ouvrage (1797) n'est que la réfutation de celui de Seuffert (1793).

Deux proverbes allemands répandus à cette époque, proclamaient également la liberté du fonctionnaire, *Herrendienste sind keine Ehegelübde* (service de prince n'est pas vœu de mariage) et encore : *Herrendienste erbet nicht* (service de prince n'est pas héréditaire). On trouvera l'explication de ces proverbes dans un ouvrage curieux de Eisenhart, *Grundsätze der deutschen Rechte in Sprüchwörtern*, 1^{re} édit., 1792, p. 54 ; 2^e édit., 1823, p. 55.

(1) Ouvrage déjà cité, *De publicis officiis absque justa causa ejusque legali cognitione non auferendis*. Göttingen, 1787, p. 4 et 5. Cf. encore Rehm, *op. cit.*, *Annalen*, 1884, p. 609-614.

(2) Cf. Rehm, *op. cit.*, 1884, p. 610.

Selon H. A. Zacchariä (1), fondateur de cette nouvelle théorie, « le service public *in concreto*, le rapport légal de fonction publique est créé comme tout rapport public dans un État, par un acte de volonté unilatéral du titulaire de la puissance publique, par une *lex specialis*, et tel est le contenu de tout décret de nomination ». Mais, du moment qu'il n'y a ni contrainte à accepter un office, ni contrat créant le rapport, comment expliquer l'accord de volontés qui intervient ?

Quelques-uns des partisans de cette théorie supposent un accord de volontés préalable (2) ; d'autres, encore in-

(1) Heinrich Albert Zacchariä, *Das Deutsche Staats- u. Bundesrecht*, Göttingen, 3^e édit., 1865-67 (1^{re} édit., 1841), II, § 135, p. 27 et 28. La grande majorité des auteurs de droit public dans la deuxième moitié de ce siècle, a admis cette théorie. Elle est largement représentée encore aujourd'hui. Cf. Zöpf, *Grundsätze des gemeinen deutschen Staatsrechts*, 5^e édit., 1863, II, § 515, p. 786-737. « La nomination... doit être considérée comme un décret d'utilité publique ». De même, *Deutsche Vierteljahrschrift*, Stuttgart et Tübingen, 1844, n^o 25, *Vom Civilstaatsdienst: Betrachtungen über einige Verhältnisse desselben nach dem gegenwärtigen Standpunkte der Gesetzgebung und der Doktrin*, p. 87-156, spécialement p. 98 et 99 ; Pözl, article *Staatsdiener*, dans Bluntschli et Braters, *Deutsches Staats-Wörterbuch*, 1857-1870, t. IX, p. 686, et aussi Pözl, *Baierisches Verfassungsrecht*, 5^e édit., 1877, § 181, p. 470 ; Gerber, *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts*, 3^e édit., Leipzig, 1880, p. 116, en note et p. 117 ; Grotefend, *Deutsches Staatsrecht der Gegenwart*, Berlin, 1869, p. 696. « Il n'y a jamais contrat, mais seulement nomination, de la part de la puissance souveraine ». Lorenz v. Stein, *Verwaltungslehre*, 3^e édit., Stuttgart, 1887, I, p. 59 ; Gierke, *Die Grundbegriffe des Staatsrechtes und die neuesten Staatstheorien*, dans la *Zeitschrift f. die gesamte Staatswissenschaft*, vol. 30, Tübingen, 1874, p. 331-333 ; Bluntschli, *Allgemeine Staatslehre*, 5^e édition, Stuttgart, 1875, I, p. 603. « Le rapport est fondé en vue de l'intérêt public par un acte de volonté de l'Etat qui est le décret de nomination, qu'on a aussi appelé une loi spéciale ». V. Holzendorff, *Encyclopädie der Rechtswissenschaft*, 5^e édit., Leipzig, 1890, I, p. 1107-1108 ; Ulbrich, *Staatsrecht der Oest-Ungarischen Monarchie*, dans le *Recueil de Marquardsen*, 1^{re} édit., 1884, IV, 1, 1, § 39, p. 65-66 ; Sonnenkalb, *Staatsrecht des Herzogthums Sachsen-Altenburg*, dans *Marquardsen*, 1^{re} édit., 1884, III-II, 2, p. 73.

(2) Zöpf, *op. cit.*, II, p. 787.

fluencés par la théorie de Gönner, admettent en cas de nécessité absolue, le droit de contrainte de l'État, ce qui exclut le consentement (1).

Quant à la nature du rapport qui unit le fonctionnaire à l'État, rapport créé par acte unilatéral de l'État et sans contrainte, les auteurs le conçoivent, tantôt comme mixte, à la fois de droit public et de droit privé, tantôt comme de droit public exclusivement. D'après les premiers, tout ce qui touche les obligations du fonctionnaire serait de droit public, mais ses droits pécuniaires et patrimoniaux seraient de droit privé (2). Cependant, le côté de droit public l'emporterait sur l'autre. Au contraire, les auteurs modernes déniaient en général tout caractère privé à notre rapport, et le regardent comme de droit public exclusivement ; les principaux sont : G. Meyer, Rönne, Schulze et Zorn (3). D'après ces juristes qui jouissent d'une grande autorité en Allemagne, la nomination d'un fonctionnaire serait un acte administratif du gouvernement, une *lex specialis* selon les uns, un simple décret selon les autres (4). Tous admettent la liberté du fonctionnaire à accepter ou refuser les offices, mais malgré cette liberté, il

(1) H. A. Zacchariä, *op. cit.*, II, § 136, p. 30.

(2) H. A. Zacchariä, *op. cit.*, II, § 135, p. 28, *Deutsche Vierteljahrschrift*, *op. cit.*, p. 98 et 99 ; Pözl, *Baier. Verfassungsrecht*, § 180, p. 469 et article *Staatsdiener* dans Bluntschli et Braters, *op. cit.*, p. 688.

(3) G. Meyer, *Staatswissenschaftliche Literatur*, dans les *Annalen des deutschen Reiches*, 1876, p. 656-681, spécialement p. 671 et *Deutsches Staatsrecht*, 4^e édit., 1895, p. 437 ; Rönne, *Staatsrecht der Preussischen Monarchie*, 4^e édit., Leipzig, 1883, III, p. 406 et *Deutsches Staatsrecht*, 2^e édit., Leipzig, 1876, I, § 53, p. 344 ; H. Schulze, *Preussisches Staatsrecht*, 2^e édit., 1888, I, p. 308, et *Deutsches Staatsrecht*, I, p. 320 ; Zorn, *Staatsrecht des deutschen Reiches*, Berlin et Leipzig, I, 2^e édit., 1895, p. 304-305.

(4) Meyer, *op. cit.*, le considère comme un décret ; *id.*, Schulze, *op. cit.*

n'y a pas contrat, la présence de deux consentements ne créant pas nécessairement un contrat, et d'ailleurs, pour eux, la liberté du fonctionnaire n'est pas un trait essentiel du service public, car elle peut manquer dans certains cas. En outre, il ne saurait y avoir de contrat à propos du service public ; un contrat suppose l'égalité des contractants, et cette égalité n'existe pas entre l'État et ses sujets. Enfin, cette théorie serait appuyée dans le droit positif par la forme même de l'acte de nomination qui n'est nullement contractuel, et qui a toutes les apparences d'un décret émanant de la puissance publique (1).

3. *Contrat de droit public.* — Il y a dans la théorie précédente une chose qui reste incompréhensible : comment le rapport entre l'État et le fonctionnaire qui est libre, peut-il être en même temps créé par un acte unilatéral de l'État ? si ce dernier agit par voie d'ordonnance ou de décret il agit souverainement et, par suite, on ne voit pas ce qui peut l'empêcher d'agir par contrainte (2).

C'est ce qui a poussé beaucoup d'auteurs à revenir à une théorie contractuelle, sans la baser pourtant sur le droit privé.

La première théorie contractuelle de droit public est celle de Schmitthenner (1845) (3). Cet auteur conserve une

(1) Zorn, *op. cit.*, I, p. 307. « La forme extérieure de la patente est un argument évident contre l'idée d'un contrat. »

(2) Peu importe l'accord de volonté préalable entre l'État et le fonctionnaire, que certains auteurs imaginent ; si cet accord n'est pas un contrat qui engage l'État, ce dernier n'est pas lié obligatoirement, et il peut ultérieurement disposer à son gré par voie de décret.

(3) Schmitthenner, *Grundlinien des allgemeinen oder idealen Staatsrechts*, Giessen, 1845, p. 506. « La nomination du fonctionnaire et son acceptation reposent sur un contrat déterminé, le *contrat de service public* ; ils sont consacrés définitivement par l'octroi du décret de nomination

place importante à la *lex specialis* portant nomination du fonctionnaire, mais il admet un contrat préalable à la nomination, et tout aussi important qu'elle, qui en est la cause directe. Le contrat est exclusivement de droit public. La théorie de Schmitthenner n'eut pendant longtemps qu'un faible succès (1). Elle a d'ailleurs un point faible : c'est que le contrat préalable supposé par Schmitthenner ne répond que rarement à la réalité ; il est à peu près inconnu dans la pratique. On ne peut donc pas le considérer comme essentiel.

C'est pourquoi les auteurs qui admettent aujourd'hui l'idée d'un contrat de droit public partent d'un autre point de vue. Ils considèrent que la nomination du fonctionnaire elle-même présente tous les caractères d'un contrat, et sans l'accessoire d'aucun acte auxiliaire. Là où ils ne sont plus d'accord c'est sur le point de savoir si le contenu de ce contrat est de droit public exclusivement (2), ou s'il

qui a tout à fait le caractère d'une loi spéciale », et p. 509 en note : « De même que le contrat de vassalité précède l'investiture du fief, le contrat de service précède la nomination comme *causa precedens* »... « Mais ce n'est pas un rapport du droit des obligations, c'est un rapport spécial et de droit public ».

(1) Cf. Mohl, *Encyclopädie der Staatswissenschaften*, 2^e édit. Tübingen, 1872, § 34, p. 252-271, reprend l'idée d'un contrat de droit public (p. 269, note 7), mais il n'en donne que peu d'éclaircissement, il se base simplement pour cela sur la présence d'une offre et d'une acceptation.

(2) Tel est l'avis de Seydel : 1^o *Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre*, Würzburg, 1873, p. 59 ; 2^o *Staatsrecht des Königreichs Bayern*, dans le *Recueil de Marquardsen*, 2^e édit., 1894, II, II, § 35, p. 98 ; 3^o *Bayerisches Staatsrecht* (en 4 vol.), Munich, 1896, II, p. 182-191 ; Laband, *Staatsrecht des deutschen Reiches*, I, p. 386 et 394 ; Stengel, *Staatsrecht des Königreichs Preussen* dans le *Recueil de Marquardsen*, 2^e édit., 1894, III, II, § 38, p. 137 ; Gareis, *Allgemeines Staatsrecht* dans le *Recueil de Marquardsen*, 1^{re} édit., 1884, I, I, § 64, p. 166 ; Gaupp, *Württembergisches Staatsrecht*, dans le *Recueil de Marquardsen*, 2^e édit., 1895, III, II, § 45, p. 140.

est mixte, c'est-à-dire s'il est à la fois de droit public et de droit privé (1).

Nous nous rallions pleinement à la théorie qui considère la situation du fonctionnaire comme créée par un contrat, et nous faisons dépendre ce contrat du droit public exclusivement. C'est ce que nous allons chercher à démontrer, et par la même occasion nous discuterons les théories précédentes qui ont été simplement exposées.

§ 2. — Le contrat de Droit public qui crée la situation de fonctionnaire.

I. — *Le rapport entre l'Etat et le fonctionnaire est un contrat.*

Le lien qui unit le fonctionnaire à l'État nous semble être un contrat, car il s'y trouve tous les éléments constitutifs d'un contrat.

Qu'est-ce en effet qu'un contrat ? C'est une opération légale intervenue entre deux ou plusieurs personnes en vue de créer ou d'éteindre quelque obligation à la charge de l'une ou plusieurs d'entre elles.

Pour qu'il y ait contrat, il faut, en dehors de la présence des personnes qui veulent participer à l'opération de droit, qu'il y ait : 1^o capacité des parties de s'engager ; 2^o liberté de leurs consentements ; 3^o existence d'obligations unilatérales ou synallagmatiques.

(1) Les auteurs de cette deuxième catégorie sont : avant tout Rehm, *op. cit.*, *Annalen*, 1885, p. 65-212, puis Welker, article *Staatsdienst* dans le *Staatslexikon* de Rotteck et Welker, 3^e édit., Leipzig, 1865, t. XIII, p. 576-590, spécialement 578 ; Sarwey, 1^o *Das öffentliche Recht und die Verwaltungspflege*, Tübingen, 1880, p. 322 ; 2^o *Staatsrecht des Königreichs Württemberg*, Tübingen, 1883, II, p. 276 ; Wielandt, *op. cit.*, p. 449.

1^o *Capacité des parties.* — On a dit que l'État ne peut pas contracter avec ses sujets, car il n'y a pas égalité entre eux : l'un commande, l'autre obéit, cela exclurait tout rapport contractuel.

Il est facile de démontrer cependant que l'égalité des contractants n'est pas une condition indispensable de la validité d'un contrat (1). Quand un entrepreneur s'engage vis-à-vis de l'État à construire une caserne ou à creuser un port, il s'oblige légalement à remplir son engagement, et une fois qu'il l'a rempli, l'État s'oblige au même titre à effectuer la contre-prestation promise. Il y a en un mot un contrat en bonne et due forme dont l'État ne peut se dégager sous prétexte de ses droits souverains, et qui prouve qu'il peut fort bien s'engager vis-à-vis d'un de ses sujets. S'il le peut pour un contrat ordinaire, pourquoi ne le pourrait-il pas pour le contrat de service public ? Une personne qui est dans la dépendance d'une autre peut parfaitement contracter avec elle, pourvu que sa liberté, par rapport au contrat en vue, soit pleinement respectée. Un fils qui est jusqu'à 25 ans dans la dépendance de son père au point de vue matrimonial peut fort bien contracter avec lui à tout autre point de vue dès qu'il est devenu capable de s'engager vis-à-vis des tiers par la majorité.

S'il n'en était pas ainsi, beaucoup de contrats seraient inexplicables. En réalité, ce qui importe, ce n'est pas l'égalité des contractants, mais leur liberté : il ne faut pas confondre ces deux notions (2).

2^o *Liberté des consentements.* — Le consentement des citoyens à devenir fonctionnaires est pleinement libre, at-

(1) Seydel, *Baier. Staatsrechts*, II, p. 183.

(2) Seydel, *op.cit.*, II, p. 183.

tendu qu'ils n'ont pas d'autres obligations que celles qui sont inscrites dans la loi : or il n'y a pas de texte qui ordonne de devenir fonctionnaire (1). Par suite, le rapport ne peut se former que par accord de volontés : l'État accepte comme fonctionnaire une personne qui consent à le devenir.

3° *Existence d'obligations résultant du contrat.* — On ne peut pas nier l'existence d'obligations et de devoirs résultant de la situation de fonctionnaire. Elles sont inscrites dans la loi. Le fonctionnaire est tenu d'administrer l'office qui lui est confié, avec assiduité et conscience, il doit garder le secret professionnel et se conduire honorablement, non seulement en service, mais encore hors service. En contre, la loi lui reconnaît un droit ferme à sa qualité officielle, à la protection de l'État pour les actes accomplis dans l'exercice de sa fonction : il a droit au paiement régulier de son traitement et plus tard de sa pension qui est continuée après sa mort à sa veuve et à ses enfants.

Tels sont les seuls éléments caractéristiques du contrat ; ils se trouvent à notre avis dans le rapport de service pu-

(1) Nous avons déjà dit que la contrainte qui s'applique à certaines fonctions d'honneur n'est pas une contrainte véritable : d'ailleurs nous ne nous occupons ici que des fonctionnaires de carrière.

La preuve de la liberté du service public est encore dans ce fait que le fonctionnaire peut toujours renoncer à sa fonction, et se retirer. Ce droit ne comporte d'autre restriction que l'obligation dans quelques cas de prévenir un certain temps à l'avance. Enfin une dernière preuve que le service public ne repose pas sur la contrainte, c'est que des étrangers peuvent devenir fonctionnaires (il y a dans les Universités allemandes des professeurs étrangers : la loi allemande n'exige pas que les Consuls élus (*Wahlkonsuln*) soient allemands), et cependant leur rapport vis-à-vis de l'État ne peut être considéré différemment de celui des fonctionnaires d'origine indigène,

Cf. encore, Rehm, *op. cit.*, *Annalen*, 1885, p. 123-124.

blic. Les adversaires du contrat en ont cependant cité d'autres qui feraient défaut ici (1).

Ils objectent d'abord la forme même de la nomination, qui est faite par un acte unilatéral de l'État, ayant l'apparence d'un décret ou ordonnance (2). Sans doute, il y a analogie dans la forme, mais au fond, il s'agit d'une opération différente. L'acte de nomination n'est que la manifestation écrite de l'accord tacite survenu entre les deux contractants (3). D'ailleurs un contrat n'a pas besoin d'être écrit ; rien ne s'oppose à ce qu'il soit formé sans consentement exprès, pourvu qu'il y ait consentement tacite certain : rien ne s'oppose, à plus forte raison, à ce que le contrat se forme par un acte unilatéral d'une des parties, pourvu que l'autre soit consentante.

On a dit ensuite que le rapport entre l'État et le fonctionnaire n'est pas contractuel, puisque son contenu est fixe et ne varie jamais ; il n'y a donc pas de condition débattue, mais une règle uniforme, s'appliquant à tous les fonctionnaires, et qui n'est pas créée par contrat.

Nous ne voyons pas pourquoi un contrat stéréotypé cesserait d'être un contrat : comme l'a dit Laband (4), le fait de jeter une lettre affranchie à la boîte constitue un contrat passé avec l'État, et cependant il ne dépend de personne d'en changer la nature : on peut simplement l'accepter ou le refuser : c'est comme si l'État déclarait ne traiter qu'à telles conditions, et pas à d'autres. Il y a d'ailleurs dans la vie courante bien des contrats fixés

(1) Ces auteurs ont été indiqués déjà plus haut, p. 87, note 3.

(2) Cf. H. Schulze, *D. Staatsr.*, I, § 129, p. 321. *Pr. Staatsr.*, I, § 99, p. 308 ; Rönne, *Pr. Staatsr.*, III, p. 406 ; Zorn, *op. cit.*, I, p. 305-307.

(3) Sur la nature du décret de nomination : Cf. Laband, *op. cit.*, II, p. 399-400 ; Seydel, *op. cit.*, II, p. 186.

(4) *Op. cit.*, I, p. 399-401.

d'avance une fois pour toutes : tout transport par chemin de fer, voiture ou bateau, tout dépôt dans une caisse d'épargne est de ce genre. Enfin pour devenir fonctionnaire on peut dans certains cas passer avec l'État un contrat véritable en la forme, avec des conditions débattues (1).

La dernière objection des adversaires du contrat qui, tout en le niant, sont obligés, en l'absence d'une contrainte légale au service public, d'admettre l'existence d'un accord de volontés préalable à la nomination, est que la simple coexistence de deux consentements ne crée pas un contrat.

Certainement, répondrons-nous, cette simple coexistence de deux consentements ne suffit pas, mais elle se transforme en contrat lorsque, émanant de deux personnes capables de s'engager, elle engendre des droits et devoirs réciproques (2). Or c'est le cas ici.

(1) Cf. Rehm, *op. cit.*, *Annalen*, 1885, p. 126-131. Son exemple le plus probant est celui du rengagement des soldats et sous officiers ; en droit allemand, ce contrat (*Kapitulationsvertrag*) est fait en la forme ordinaire des contrats (p. 129). Il y a encore d'autres cas où le contenu du contrat de service public n'est pas fixé d'une façon immuable, et où quelques conditions en peuvent être débattues librement.

(2) Tel est l'avis de Seydel, *Baier. Staatsr.*, II, p. 183. « Etant donné qu'il n'y a pas d'obligation légale au service public, l'individu se présente vis-à-vis du titulaire de la souveraineté comme une personnalité indépendante. L'obligation au service public, qui n'existe pas en vertu d'une loi, ne peut être fondée autrement que par un accord de volontés entre celui qui doit effectuer le service, et celui à qui il doit être rendu. Mais une opération entre deux personnes juridiques, conclue en vue et avec l'effet de créer unilatéralement ou synallagmatiquement des droits et des devoirs, c'est ce qui a toujours été appelé *un contrat*, depuis qu'il existe une science du droit. » Laband va plus loin : il semble admettre que la simple existence de deux consentements suffit à elle seule pour constituer un contrat. *Op. cit.*, I, p. 401, note 1.

M. Larnaude, professeur de Droit public à la faculté de Paris, repousse, en se basant sur les mêmes raisons que les auteurs allemands, la théorie contractuelle du service public.

Pour lui le service public est un simple rapport légal basé sur la loi, au

II. — *Nature du contrat de service public.*

1. *Ce contrat est de droit public.* — Nous considérons le service public comme un rapport contractuel : mais quelle est la nature de ce contrat ? Les uns ont prétendu qu'il est de droit privé, les autres qu'il est de droit public.

Une première question se pose : Y a-t-il des contrats de droit public, et cette idée n'est-elle pas anti-juridique ?

Admettant comme distinction entre le droit public et le droit privé, que le premier a pour but l'intérêt à tous, tandis que le second a pour but l'intérêt des particuliers (1), nous pensons que rien ne s'oppose à ce qu'il y ait des contrats de droit public, car la notion de contrat est une notion générale du droit, et non pas spécialement une notion du droit privé.

Il n'est pas difficile de trouver dans le droit positif des contrats de droit public. Tous les traités internationaux sont de cette nature, mais comme ils règlent des rapports d'État à État, et non des rapports concernant les individus, nous les laisserons de côté.

La naturalisation est également un contrat de droit public au premier chef. L'individu qui demande à devenir

même titre que le mariage et l'adoption qui selon lui ne sont pas des contrats. Malgré le respect particulier que nous avons pour M. Larnaude, et son autorité indiscutable, nous ne pouvons nous ranger à son opinion : nous considérons le mariage, l'adoption et la naturalisation comme des contrats : c'est l'opinion admise en général, au moins pour le mariage, comme le prouve l'expression courante de contracter mariage. Nous admettons parfaitement que dans tous ces cas, comme dans le cas de service public, il y a un rapport légal basé sur la loi, mais il nous semble, comme à Seydel, qu'un rapport basé sur la loi, comprenant deux consentements et des obligations réciproques c'est précisément ce que, dans la langue juridique, on appelle un contrat.

(1) Cf. Seydel, *op. cit.*, II, p. 184.

sujet d'un État, peut bien être poussé par des raisons d'intérêt privé, il ne s'en soumet pas moins à des obligations de droit public, à la puissance de l'État ; ses devoirs deviennent ceux de tous les citoyens ; il est astreint au service militaire, aux impôts, et tout cela est l'effet d'un contrat manifesté d'une part par la demande en naturalisation, de l'autre par le décret qui la lui accorde (1).

Admettant qu'il peut y avoir des contrats de droit public, il reste à voir si le rapport qui unit le fonctionnaire à l'État est un de ces contrats.

Pour déterminer si un contrat est de droit public ou de droit privé, nous dirons avec Rehm (2) qu'il faut se demander dans l'intérêt de qui il est conclu. S'il l'est dans l'intérêt commun, c'est-à-dire dans l'intérêt public, il est de droit public ; s'il l'est au contraire dans l'intérêt privé, il est de droit privé. / Mais le contrat peut aussi être à la fois dans l'intérêt privé et dans l'intérêt public. Il faut alors se décider d'après l'intérêt dominant (3).

(1) Cf. Laband, *op. cit.*, I, § 48, p. 147, 148 ; Seydel, *op. cit.*, I, p. 326, note 1. On a cité encore comme contrat de droit public, l'expropriation pour cause d'utilité publique. La cause de l'expropriation est en effet d'intérêt public, mais il ne nous semble pas qu'il y ait là un véritable contrat, car pour nous la condition primordiale de tout contrat est la liberté absolue des contractants ; or il n'y a pas ici liberté, puisque l'individu ne peut se soustraire au contrat. Il tombe, il est vrai, d'accord le plus souvent sur les conditions de la cession de bien, mais il y est forcé, n'ayant pas de moyen de résistance. L'Etat pourrait même lui prendre sa propriété sans la payer ; l'exemple des biens nationaux de la Révolution est là pour le prouver. Cf. sur ce point, Rehm, *op. cit.*, *Annalen*, 1885, p. 115 et 126.

(2) Rehm, 1885, p. 94.

(3) Selon Seydel, *op. cit.*, II, p. 185, un contrat ne peut être à la fois de droit public et de droit privé : « Un contrat qui est dominé dans son ensemble par le droit public, appartient aussi dans son ensemble au droit public. Il est en particulier impossible de partager un rapport contractuel entre plusieurs branches du droit, car les droits et les devoirs dépendent les uns des autres. »

Le fonctionnarisme ayant sa cause dans l'impossibilité où est l'État, personne morale d'utilité publique, d'accomplir des actes physiques, il paraît certain que le contrat est passé avant tout dans l'intérêt général (1). Cependant pour être fixé définitivement il importe de voir en détail le contenu de ce contrat.

En devenant fonctionnaire la personne contracte des devoirs et acquiert des droits. Les devoirs, tels que l'obéissance envers les supérieurs, l'assiduité au travail, la bonne conduite, etc., ont tous pour but l'intérêt de l'État; ils sont donc de droit public. Quant aux droits, il faut en distinguer deux classes : la première vise la protection du fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions contre les simples citoyens. Tels sont le droit de poursuivre en justice ceux qui l'outragent dans l'exercice de ses fonctions, de faire punir ceux qui lui refusent obéissance dans le cas où il y a délégation d'autorité publique. Ces droits existent en vue d'assurer le libre et plein exercice de sa charge et sont par suite exclusivement dans l'intérêt de l'État. Mais il y en a d'autres qui se proposent d'assurer les moyens d'existence du fonctionnaire : c'est lui seul qui semble en profiter ; par exemple le droit au traitement, à la pension, etc. C'est ici qu'il y a doute sur le point de savoir quels caractères il faut leur reconnaître. Sont-ils de droit privé comme il semble au premier abord, ou faut-il au contraire leur accorder le caractère d'utilité publique ? Pour nous, nous les considérons comme d'intérêt public, car ils partent tous d'une nécessité supérieure de l'État, celle d'avoir des fonctionnaires. Le fonctionnaire en profite, sans doute, mais l'intérêt poursuivi

(1) Cf. Rehm, *op. cit.*, *Annalen*, 1885, p. 94.

c'est celui de l'État. Le droit au traitement n'est accordé que parce qu'en l'absence de contrainte au service public, l'État est obligé de faire les sacrifices nécessaires pour attirer des candidats à ses offices ; or le nombre de ceux qui pourraient se vouer gratuitement à son service est trop restreint pour que l'honneur qui y est attaché soit suffisant. En outre, personne ne se chargerait des fonctions inférieures. Il y a donc une nécessité absolue à offrir aux fonctionnaires un traitement leur permettant de vivre. Enfin l'État veut être représenté dignement, il tient à être respecté en ses fonctionnaires, et cette considération de droit public est la cause de l'élévation relative de certains traitements. Le droit à la pension n'est qu'un corollaire du droit au traitement, car la même nécessité qui exige de donner de quoi vivre à celui qui se charge d'une fonction, exige aussi qu'on ne le laisse pas mourir de faim une fois qu'il n'est plus en état de remplir un service actif. Le traitement ne lui ayant pas permis d'accumuler des rentes, doit être continué, quoique sous une autre forme, et plus restreint. Les pensions des veuves et orphelins résultent de considérations analogues, ainsi que tous les autres droits patrimoniaux des fonctionnaires ; l'État cherche avant tout à rehausser la situation et à assurer l'avenir de ses serviteurs, afin de ne pas en manquer, ce qui l'obligerait à établir une contrainte légale au service public, pratiquement impossible avec nos idées modernes (1).

(1) Les droits pécuniaires du fonctionnaire sont considérés comme de droit privé par Rehm, *op. cit.*, *Annalen*, 1885, p. 104 et suiv. Gierke dans le *Rechtslexikon* de Holzendorff, 3^e édit., Leipzig, 1881, II, p. 54 ; Hänel, *Deutsches Staatsrecht*, Leipzig, 1892, I, p. 155, La R. B. G. accorde il est vrai au fonctionnaire le droit de les poursuivre en justice. Mais en réalité cela n'implique pas la reconnaissance de leur caractère de droit privé : il

2. *Le contrat de service public ne comporte pas rapport de puissance entre le fonctionnaire et l'État.* — Il y a discussion encore quand il s'agit de savoir comment il faut comprendre la situation du fonctionnaire vis-à-vis de l'État, une fois le rapport de service créé. Le fonctionnaire est-il envers lui comme un contractant ordinaire, ou est-il au contraire dans une situation tellement subordonnée qu'il faille assimiler cette situation à un rapport de puissance ?

Beaucoup d'auteurs tiennent pour cette dernière hypothèse. Selon Laband (1) le contrat de service public créerait au profit de l'État un rapport de puissance publique pesant sur le fonctionnaire. Il assimile pleinement ce contrat au contrat de fief du moyen âge. Le fonctionnaire serait un vassal, et l'État un suzerain ; le rapport, d'ordre moral, serait basé sur la fidélité et l'obéissance comme celui de vassalité l'était sur la fidélité et l'hommage. Cela comprend une souveraineté et une soumission, une *potestas*. Manquer à ses devoirs, selon le droit féodal, ce n'était pas faire défaut à un contrat, mais manquer à l'honneur : c'était une félonie, une trahison. De même ici, le manquement aux devoirs serait une félonie, et, partant de ce principe, Laband est amené à considérer le droit disciplinaire de l'État sur le fonctionnaire comme une conséquence naturelle de son droit de puissance. Ce caractère du contrat, qui selon lui se trouve chez tous les fonc-

faut bien les poursuivre par action civile puisque sans cela il n'y avait aucune action.

Sont d'avis contraire : Seydel, *Bayer Staatsr.*, II, p. 237 et suiv. ; Meves, dans le *Rechtslexikon* de Holzendorff, II, p. 32, 33 ; Laband, I, p. 455 ; Jellinek, *System der subj.-öffentl. Rechte*, Fribourg, 1892, p. 172 ; Wach, *Handbuch des deutschen Civilprocessrechts*, Leipzig, 1885, I, p. 96.

(1) *Op. cit.*, I, p. 386 et 394.

tionnaires, constitue aussi à son avis le critérium permettant de les reconnaître.

L'assimilation de Laband ne nous paraît pas juste, car le contrat de *mundeburdium* ou de *commendatio*, par lequel un homme libre à l'époque franque se mettait sous la protection d'un personnage puissant, est essentiellement de droit privé, pour la raison que l'on ne peut guère parler à cette époque du droit public qui avait disparu avec l'État romain, et n'était pas encore remplacé (1). D'ailleurs le *mundeburdium* était conclu plutôt dans l'intérêt du protégé que dans celui du Senior. Nous ne reconnaissons pas davantage le caractère de droit public au contrat de fief du moyen âge, puisqu'il était conclu essentiellement dans l'intérêt privé du vassal, dont les devoirs d'ailleurs étaient très intermittents, tandis que ceux du fonctionnaire sont généraux et de tous les instants.

La théorie d'un rapport de puissance pur et simple, dégagé des formes féodales de Laband, a été soutenue par de nombreux auteurs. Les uns considèrent ce rapport comme produit par le contrat de service public (2), les autres, qui repoussent toute idée de contrat, prétendent que ce rapport de puissance est créé directement par l'acte unilatéral de l'État qui rend une personne fonctionnaire (3).

(1) Le contrat par lequel un petit propriétaire se mettait sous le *patrocinium* d'un *potens* et qui est un des précédents du *mundeburdium* à l'époque du bas-empire, était également de droit privé.

(2) Rehm, *op. cit.*, *Annalen*, 1885, p. 153 et s.; Sarwey, *Württ. Staatsrecht*, II, p. 275-276.

(3) Cf. Gerber, *op. cit.*, p. 116, note 1. La situation légale du fonctionnaire ne serait pas « celle d'une personne soumise à des obligations contractuelles, mais celle d'une personne qui est dans un rapport de puissance publique vis-à-vis d'un maître par un lien de devoir ». Il cite comme analogue le rapport qui existe entre un sujet et l'État, ou les rapports de famille. Cf. encore : H. Schulze, *Deutsches Staatsr.*, I, p. 320, 321.

Mais il faut d'abord s'entendre sur la notion du rapport de puissance.

Le rapport de puissance n'est pas caractérisé par ce fait qu'une personne possède un droit de commandement sur une autre, car dans ce cas tout rapport de dépendance serait un rapport de puissance, et les domestiques seraient tous dans un pareil rapport vis-à-vis de leur maître. Tel est l'avis de Seydel (1), avis qui cadre avec la définition du rapport de puissance que nous donne Rosin (2). Les droits de puissance sont d'après lui « des droits qui ont leur raison permanente d'existence, non pas dans la volonté des obligés, mais en eux-mêmes, c'est-à-dire dans la volonté de la personne dominante » (3).

Cette définition s'applique parfaitement aux rapports de puissance que nous offre le droit privé : le mariage, par exemple, dans lequel le mari peut contraindre sa femme à le suivre dans tous ses déplacements, à habiter avec lui. De même, un père a sur ses enfants un droit de puissance incontestable ; pendant leur minorité, leur volonté est égale à zéro. L'adoption et la naturalisation créent par contrat un lien de même nature. Mais de ce que par contrat on peut créer des rapports de ce genre, s'ensuit-il que le rapport de fonction publique en soit un ?

Il faudrait pour cela que la personnalité du fonctionnaire fût supprimée pour tout ce qui touche à sa situation

(1) Seydel, *op. cit.*, II, p. 187. « La différence entre des rapports de puissance et les autres rapports de dépendance ne peut être que celle-ci : c'est que dans les rapports de puissance la volonté de l'obligé ne compte pour rien légalement. »

(2) Rosin, *Souveranität, Staat, Gemeinde, Selbstverwaltung*, dans les *Annalen des deutschen Reiches*, 1883, p. 265 à 322.

(3) Rosin, *op. cit.*, p. 299 ; Rehm, *op. cit.*, 1885, est du même avis, p. 152 et suiv., spéc. p. 155.

officielle, comme elle l'est au point de vue de la capacité pour la femme en puissance de mari, ou le fils mineur, car nous admettons avec Seydel et Rosin, qu'un rapport de puissance détruit entièrement, dans la mesure où il existe, la liberté de celui qui y est soumis : il ne doit pas pouvoir être dissous par la seule volonté de ce dernier. C'est ce que nous voyons pour les autres rapports de puissance : mariage, adoption, filiation : c'est encore le cas pour la nationalité, car si un individu peut se faire naturaliser ailleurs, beaucoup de législations ne cessent pas pour cela de le considérer comme un de leurs ressortissants, et d'ailleurs celui qui change de patrie ne s'occupe pas du consentement de sa patrie d'origine, il se soustrait en quelque sorte par la force au rapport de puissance dont il ne veut plus, comme une femme peut désertir le domicile conjugal et se remarier à l'insu de son mari (1).

Il y a lieu de repousser au contraire un lien de dépendance aussi étroit entre l'État et le fonctionnaire ; ce dernier se retire librement et de son plein gré (2) ; s'il se retire avant une certaine époque, la loi spécifie expressément qu'il perd ses droits à la pension, laquelle devient ici une sorte de clause pénale. C'est reconnaître implicitement qu'il est libre de se retirer.

Quant au devoir de fidélité dû par le fonctionnaire à

(1) Le contrat de fief était également irrévocable et perpétuel : une fois l'hommage prêté, le vassal ni le suzerain ne pouvaient se dégager. Le vassal ne recouvrait sa liberté que par le fait du suzerain, si ce dernier par exemple lui refusait justice et manquait ainsi à son devoir de protection ; il y avait alors *défaute de droit*.

(2) Presque tous les auteurs l'admettent sans contestation. Cf. Seydel, *op. cit.*, II, p. 188-189, et même ceux qui en tiennent pour un rapport de puissance, Laband, I, p. 401 ; Schulze, *Deutsches Staatsr.*, I, p. 340 ; Zorn, I, p. 306 ; Löning, *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrecht*, est seul à le nier (p. 134, note 1).

l'État, et qui selon Laband est une des preuves du rapport de puissance (1), il nous semble qu'il n'est pas spécial au fonctionnaire, comme nous l'avons exposé au chapitre précédent, et qu'il est simplement un rappel au devoir général de tous les sujets, au même titre que l'article 371 du Code civil français, en vertu duquel « l'enfant à tout âge, doit honneur et respect à ses parents », indique une simple obligation morale, sans sanction légale, et par suite sans grande portée. Tout employé doit fidélité à son patron, quand il lui a loué ses services.

Aussi ne voyons-nous dans le droit disciplinaire de l'État sur ses fonctionnaires que l'expression spéciale de son droit général de juridiction sur tous les sujets (2), les tribunaux disciplinaires sont des tribunaux à compétence spéciale comme les tribunaux commerciaux.

§ 3. — Intérêt de la controverse : conclusion.

On peut se demander à quoi mène cette longue discussion sur la nature de la fonction publique et le lien qu'elle crée entre l'État et le fonctionnaire. Il faut bien reconnaître qu'elle a une faible importance pratique : c'est presque une simple discussion d'école. Cependant elle n'est pas entièrement dénuée d'intérêt. Si l'on admet qu'il y a ici un véritable contrat de droit privé, pleinement assimilable à tel ou tel contrat reconnu par la loi, il faut accepter toutes les conséquences légales que comporte ce contrat, et par suite se reporter à ses règles spéciales. Si

(1) Laband, *op. cit.*, 1, p. 417.

(2) Cf. Seydel, *op. cit.*, II, p. 189. Voir aussi plus loin, chap. VIII, p. 238 et s.

l'on admet que le service public est un mandat, par exemple, il faut déclarer le fonctionnaire pleinement révocable, chose impraticable dans le droit allemand (puisqu'il y a une procédure spéciale à cet effet). Si l'on assimile au contraire le service public au louage d'ouvrage, les conséquences sont plus graves encore : il faut alors reconnaître aux fonctionnaires, le droit de se mettre en grève comme de simples ouvriers. Cette théorie est particulièrement dangereuse pour l'État.

Au contraire, les théories partant du droit public semblent aboutir toutes au même résultat pratique. Une seule est à rejeter *a priori* : c'est la plus ancienne, celle de la contrainte au service public, d'après laquelle le fonctionnaire deviendrait un véritable esclave.

Les théories plus récentes de Laband (contrat de droit public, comportant rapport de puissance) et de Rehm (contrat mixte de droit public et privé, impliquant également rapport de puissance) aboutissent au même point. Ici l'arbitraire de l'État est strictement limité par les conditions immuables du contrat, lequel est réglé par la loi. Ces deux théories, purement juridiques, n'ont aucune influence sur les droits et devoirs des fonctionnaires qui restent expressément déterminés dans la loi. Il en est de même de la dernière théorie, celle qui a été soutenue par Seydel, et que nous avons adoptée. Considérant le rapport de service public comme créé par un contrat purement de droit public, et dont le contenu est exclusivement contractuel, elle s'en réfère toujours aux termes du contrat pour la fixation de ses limites. Elle exclut en outre toute dépendance exagérée du fonctionnaire, que pourrait contenir un rapport de puissance publique.

CHAPITRE IV

CARACTÈRES SPÉCIAUX DE LA FONCTION PUBLIQUE EN ALLEMAGNE,

§ 1. — Superposition de deux catégories de fonctions publiques en Allemagne.

Comme dans tous les États composés, il y a en Allemagne des fonctions centralisées et des fonctions qui sont restées du domaine particulariste. Avant 1866, la Confédération germanique n'avait aucune unité effective, le lien d'union était si faible qu'aucune action commune n'était possible. Les contingents fédéraux mêmes, avaient peine à se réunir, en cas de guerre. Les choses ont changé après Sadowa par la Constitution de la Confédération de l'Allemagne du Nord. C'est à cette date de 1866 que remonte effectivement la fondation en Allemagne d'une unité politique supérieure aux Unités locales, et ayant un gouvernement véritable avec des fonctions régulières. La création de l'Empire allemand en 1871 n'est, comme nous l'avons déjà exposé, que l'extension aux États du Sud, de la Confédération de l'Allemagne du Nord ; sa Constitution nouvelle, plus centraliste, est venue étendre encore au profit du nouvel Empire les attributions confiées au gouvernement commun. Désormais, l'Allemagne est une personnalité internationale qui peut être considérée comme distincte des membres qui la composent. Elle a sa sphère

d'action et ses revenus, elle a tous les attributs essentiels de la puissance publique dans un domaine réservé, par suite elle a aussi des fonctionnaires.

Il faut donc, quand on s'occupe des fonctionnaires allemands, distinguer avant tout les fonctionnaires d'Empire, chargés de l'administration des services fédéraux, et les fonctionnaires d'États, chargés de l'administration intérieure des membres de l'Union allemande.

On a cependant discuté en théorie l'existence d'une pareille dualité. Selon certains auteurs (1), les fonctionnaires d'Empire seraient les agents, non pas d'une puissance autonome, mais d'une puissance composée de la somme des puissances locales allemandes. Autrement dit, ils ne reconnaissent pas à l'Empire la qualité d'État. Ce serait une simple Confédération d'États, créée par traités conclus entre différents États autonomes qui n'ont pas abdiqué leur souveraineté. La majorité des auteurs, au contraire, considère l'Empire comme un État véritable, car, de ce que les États allemands se sont engagés par traités internationaux, il ne s'ensuit pas que leur lien ait le caractère international. Le traité de Prague de 1866, qui stipulait la création de la Confédération de l'Allemagne du Nord, a épuisé tout son effet par la réalisation de cette confédération et « dès lors, le rapport contractuel a cessé pour faire place à un État organisé » (2).

Telle est aussi notre manière de voir : l'Empire allemand ayant des fonctions reconnues par sa Constitution, ayant un pouvoir législatif, exécutif et financier étendu, possède aussi une individualité propre, et par suite, les fonction-

(1) Rehm, *op. cit.*, *Annalen*, 1885, p. 70; Seydel, *Commentar zur Reichsverfassung*, 2^e édit., 1897, p. 6 et suiv.

(3) Laband, *op. cit.*, I, p. 80, 81.

naires d'Empire ne sont pas des fonctionnaires locaux spéciaux, chargés des intérêts de la somme des États allemands, mais des serviteurs d'un État distinct.

Il faut remarquer d'ailleurs que cette discussion ne présente aucun intérêt pratique, les lois d'Empire, comme les lois d'États opposant constamment le fonctionnaire d'Empire (*Reichsbeamte*) au fonctionnaire d'État (*Staatsbeamte*).

§ 2. — Étendue des fonctions impériales et locales.

Les membres de l'Union allemande ont, par traités, aliéné une partie de leurs attributions au profit de l'Empire allemand. Pour juger dans quelle mesure cette aliénation a réduit leur souveraineté et leur cercle d'action il faut partir du principe que toute diminution de droit contractuelle doit être interprétée restrictivement par rapport à celui qui la consent. L'Empire allemand n'a donc que les fonctions qui lui sont expressément accordées par la Constitution du 16 avril 1871, laquelle est basée sur les traités d'accession à l'Empire. C'est à ce document qu'il faut s'en référer pour savoir quelles fonctions sont devenues impériales et quelles autres sont restées locales (1). Les premières étant administrées par des fonctionnaires d'Empire, et les secondes par des fonctionnaires d'État, nous aurons par là même établi la distinction entre ces deux catégories de fonctionnaires.

Les branches d'administration de l'Empire sont répar-

(1) Une excellente édition de la constitution de l'Empire allemand est celle de la collection des Lois Guttentag, *Verfassung des deutschen Reiches* de P. von Rönne, Berlin, 7^e édit., 1895.

ties à peu d'exceptions près entre divers offices impériaux correspondant sensiblement à des ministères et soumis tous à la surveillance immédiate de la Chancellerie impériale et de son chef, le chancelier de l'Empire allemand (*Reichskanzler*).

1. *Office des affaires étrangères* (Auswärtiges Amt). — L'Empire possède le droit actif et passif de légation. Il accrédite et reçoit des diplomates (1). Mais son droit n'est pas exclusif : les États allemands ont conservé également le droit de légation (2), sous les restrictions qu'ils ne peuvent accréditer de représentants qu'auprès des États dont l'existence est reconnue par l'Empire, et que la rupture des relations diplomatiques entre l'Empire et un État étranger, entraîne *ipso facto* la rupture des relations diplomatiques de cet État avec les États allemands. Ce droit particulier de légation n'est pas resté lettre morte, chacun des membres de l'Empire entretenant chez les autres un représentant ; mais au point de vue extérieur, la Prusse seule en fait usage : elle possède un ambassadeur auprès du Saint-Siège, alors que l'Empire allemand lui-même n'est représenté à Rome qu'auprès de la Cour d'Italie.

De l'office des affaires étrangères dépendent encore les consulats. L'Empire seul nomme les consuls chargés de la protection des nationaux allemands à l'étranger (3) ; au contraire, les États ont conservé le droit d'en recevoir et de leur donner l'*exequatur* (4).

(1) Constitut., art. 11.

(2) Ce droit subsiste, l'article 11 de la Constitution ne le défendant pas. D'ailleurs il a été reconnu expressément à la Bavière par le Protocole final du traité entre cet État et la Confédération de l'Allemagne du Nord, du 23 novembre 1870 (art. VII et VIII).

(3) Constitut., art. 4, chiffre 7, et art. 56, al. 1.

(4) Protocole final cité plus haut, art. XII.

Enfin toute l'administration des Colonies allemandes (*Schutzgebiete*), de Togo, Cameroun, du Sud-Ouest et de l'Est africain a été remise à l'office des affaires étrangères (1).

2. *Office impérial de l'intérieur* (Reichsamt des Innern).

— A part les colonies, l'Empire n'est chargé de l'administration intérieure d'aucune partie du territoire allemand, l'Alsace-Lorraine possédant un gouvernement propre. L'office impérial de l'intérieur ne correspond donc nullement à un ministère de l'intérieur : il n'est formé que d'un certain nombre de commissions et de fonctionnaires chargés de la surveillance de quelques branches administratives techniques, intéressant tous les États allemands. On peut citer par exemple, la commission d'émigration, la commission des écoles, la commission d'examen pour la marine, l'administration des chambres et cour disciplinaires, la commission d'enquête en cas de sinistre maritime, l'office de statistique de l'Empire, la commission des poids et mesures, l'office sanitaire chargé de la police médicale de l'Empire, l'office des brevets, l'Institut de physique et chimie, le bureau de topographie maritime, enfin l'office très important des assurances ouvrières obligatoires contre les accidents du travail, la maladie, l'invalidité et la vieillesse, puis quelques autres commissions peu importantes. Mais tous ces organes sont centralisés ; ils sont chargés exclusivement de la surveillance des organes correspondants locaux et non pas de l'exécution des affaires qu'ils surveillent. Aussi le personnel de l'office

(1) A l'exception du territoire chinois récemment obtenu à bail, de Kiao-Tchéou, qui est provisoirement administré par l'Office de la Marine. Le personnel total dépendant de l'office étranger est d'environ 500 fonctionnaires dont les places sont inscrites au budget. Il est en France d'environ 1250 personnes.

impérial de l'intérieur est-il très restreint : il ne dépasse pas 550 fonctionnaires budgétaires.

3. *Office impérial de la marine* (Reichs-Marine-Amt). — Toute la marine allemande, tant de guerre que marchande, est soumise à l'autorité exclusive de l'Empire, qui l'administre par l'office impérial de la marine (1). Cela n'empêche pas les États allemands, touchant à la mer, d'avoir des offices maritimes locaux pour ce qui concerne les affaires intérieures de la pêche, de la police des ports, etc.

4. *Office impérial de la justice* (Reichs-Justizam). — La justice est restée en Allemagne du domaine particulier des États ; les tribunaux sont tous des tribunaux locaux, mais ils appliquent aujourd'hui en grande partie des lois impériales. C'est ainsi qu'il y a en Allemagne un code pénal, un code militaire, un code de commerce, un code de procédure civile, un code de procédure criminelle, un code maritime et enfin un code civil (qui n'entrera en vigueur qu'en 1900).

La justice, rendue ainsi par les tribunaux d'État, est cependant sous la surveillance générale de l'Empire. Pour assurer partout l'exécution des lois d'empire et l'application des Codes généraux, un *Tribunal suprême de l'Empire* (Reichsgericht) a été institué à Leipzig (2). Il fonc-

(1) Constit., art. 53 pour la marine de guerre, art. 54 pour la marine marchande. L'office impérial de la marine comprend environ 1.400 fonctionnaires. Il en comprend en France 21.000.

(2) Après la fondation de la Confédération de l'Allemagne du Nord, et dès que le Bundestag eut voté les premières lois générales, il fallut s'occuper d'assurer leur exécution uniforme. Sur la proposition du gouvernement de Saxe, un tribunal suprême fut organisé sous le nom de *Oberhandelsgericht* (Tribunal suprême de commerce), le code de commerce étant le seul publié alors (1869). Après 1871 ce tribunal prit le nom de *Reichs-Oberhandelsgericht*, mais ses attributions furent étendues, et il fut

tionne comme Cour de cassation en matière civile et pénale, et comme Haute Cour de justice pour les procès en haute trahison ou en lèse-majesté contre l'Empereur. C'est une institution organisée et administrée par des fonctionnaires d'Empire : les juges du Reichsgericht (Reichsrichter) sont des juges impériaux (1).

5. *Office impérial du Trésor* (Reichsschatzamt). — L'Empire, pour faire face à ses dépenses, perçoit certains impôts dont les principaux sont les douanes (2), et quelques impôts de consommation (3), spécialement sur la bière ; mais ces impôts, y compris les douanes, sont levés pour son compte par les administrations fiscales des États, de sorte qu'il n'y a pas d'administration impériale en cette matière (4).

Les autres branches financières de l'Empire sont administrées en général par la Prusse : c'est ainsi que l'administration des dettes de l'Empire est confiée à l'administration des dettes de Prusse ; de même les comptes de

transformé par la loi sur l'organisation judiciaire de l'Empire (*Reichsgerichtsverfassungsgesetz* du 27 janv. 1877). Il porta dès lors le titre de *Reichsgericht* (art. 12, 135, 136). Cf. Laband, *op. cit.*, I, p. 368.

(1) Tout le personnel de l'administration judiciaire impériale, ne dépasse pas 200 fonctionnaires, dont 160 appartiennent au Reichsgericht.

(2) Constit., art. 33-40.

(3) Constit., art. 35. Ces impôts sont perçus sur les alcools, le sucre, le tabac, le sel, et la bière ; mais par leurs traités d'accession, la Bavière, le Wurtemberg, et le Grand-Duché de Bade s'étaient réservé le droit d'imposer et de prélever à leur profit ces objets de consommation : L'Alsace était également exempte de l'impôt sur la bière. Depuis le 1^{er} octobre 1887 les droits particuliers des États du sud sur les alcools ont été abolis, de sorte qu'il n'y a plus d'exception que pour la bière ; les autres impôts impériaux sont généraux.

(4) La caisse impériale possède encore les revenus des chemins de fer d'Alsace-Lorraine, des postes et télégraphes, des droits de timbre, de banque, de l'impôt sur les cartes à jouer, et enfin elle touche des quote-parts de chacun des États allemands pour les administrations communes.

l'Empire allemand sont vérifiés par une Cour des comptes de l'Empire allemand (*Rechnungshof des deutschen Reichs*) qui n'est autre que la Haute Chambre des comptes prussienne (*preussische Ober-Rechnungskammer*) siégeant à Postdam.

L'office impérial du Trésor n'a donc que des attributions très restreintes et son personnel est insignifiant (il ne dépasse pas 150 fonctionnaires). Il est chargé de gérer le trésor de guerre, de surveiller l'application uniforme des tarifs douaniers, la fabrication des monnaies et billets de banque impériaux.

6. *Office des chemins de fer* (Reichs-Eisenbahn-Amt), — Les chemins de fer allemands, sauf quelques petites compagnies, sont presque tous aux mains des États : l'Empire possède simplement le réseau d'Alsace-Lorraine et du Luxembourg, enlevé à la compagnie française de l'Est, après l'annexion de l'Alsace ; ce réseau est administré aujourd'hui par la Direction générale des chemins de fer d'Alsace-Lorraine, dont le siège est à Strasbourg. En dehors de cette administration distincte, l'office impérial des chemins de fer se borne à une surveillance générale sur les réseaux allemands ; il est administré par une cinquantaine de fonctionnaires tout au plus.

7. *Office impérial des postes et télégraphes* (Reichs-Postamt). — Les postes et télégraphes constituent l'administration la plus développée de l'Empire allemand. En vertu de l'article 4, chiffre 10, de la Constitution, elle a été retirée aux États, sauf à la Bavière et au Wurtemberg qui se sont réservé leurs Postes par leurs traités d'accession à l'Empire.

Indépendamment des affaires qui viennent d'être passées en revue, l'Empire possède encore une banque im-

périale et une administration du fonds des invalides, toutes deux peu intéressantes à notre point de vue, en raison de leur faible personnel.

8. *Affaires militaires.* — Nous ne nous sommes pas occupé jusqu'à présent de la fonction militaire en Allemagne. Bien que la situation des officiers ne rentre pas dans le cadre de ce travail en raison de sa spécialité, nous croyons cependant devoir exposer brièvement l'organisation de l'armée allemande, car la fonction militaire, une des plus importantes à notre époque d'armements à outrance, ne peut être passée sous silence. Cet examen aura d'ailleurs l'avantage de mieux caractériser le ressort administratif de l'Empire et celui des États (1).

L'armée allemande, tout en constituant une seule armée, sous le haut commandement de l'Empereur, n'est pas administrée par l'Empire, mais seulement d'après une législation d'Empire. Elle est divisée en 4 contingents qui jouissent chacun d'une situation différente. Les contingents de la Saxe et du Wurtemberg, constitués par les 12^e et 13^e corps d'armée, administrés respectivement par les ministères de la guerre de Dresde et de Stuttgart, ont tous deux une situation analogue sauf quelques privilèges de détails accordés au Wurtemberg. Tous deux sont directement subordonnés à l'Empereur qui en a le commandement suprême, et qui en nomme les généraux en chef ainsi que les commandants des places fortes : le roi de

(1) Sur l'organisation militaire en Allemagne, cf. Laband, *op. cit.*, II, ch. IV, p. 480-801, spécialement § 99, p. 531 ; G. Meyer, *op. cit.*, p. 622 à 635, spécialement § 497, p. 626 ; Seydel, *Das Kriegswesen des deutschen Reiches : Annalen des deutschen Reichs*, 1874, p. 1035 ; 1875, p. 33, 1084, 1393 ; Laband, *Die Einheitlichkeit des Deutschen Heeres und die Kontingentsherrlichkeit*, dans les *Archiv. des öffentlichen Rechts*, t. III, 1888, p. 491-532.

Saxe cependant possède en vertu de la Convention du 7 février 1867 le droit de présentation pour le général en chef de son contingent. Le roi de Wurtemberg a un privilège encore plus étendu en ce sens qu'il nomme après avis conforme de l'Empereur, son général en chef ; quant aux commandants de forteresses ils sont nommés par l'Empereur, mais avec le consentement du roi. Pour les deux contingents les officiers ayant grade de général ne sont nommés par leurs rois respectifs qu'après approbation de l'Empereur.

Le contingent bavarois possède une autonomie bien plus considérable encore. En vertu du traité d'alliance de la Bavière avec la Confédération de l'Allemagne du Nord, du 23 novembre 1870 (1), l'armée bavaroise forme une portion indépendante de l'armée allemande ; elle a son administration autonome sous la souveraineté militaire exclusive de son roi : l'Empereur, qui ne possède aucun droit de nomination sur les officiers de ce contingent, ne prend le commandement des deux corps d'armée bavarois qu'en cas de guerre, au jour de la mobilisation.

Le contingent prussien comprend, hors les trois contingents ci-dessus, tout le reste de la force militaire allemande : les recrues des 22 États allemands non cités jusqu'à présent sont incorporées dans l'armée prussienne, dépendant du ministère de la guerre prussien et commandées par des officiers qui prêtent tous serment au roi de Prusse comme chef de contingent, et à l'Empereur comme chef suprême de l'armée. Le contingent prussien forme 16 corps d'armée sur les 20 que comporte l'effectif militaire de l'armée entière, y compris la Bavière : ce chiffre

(1) N° III. Toutes les conventions militaires sont reconnues par la Constitution (disposition finale de la section XI).

permet de juger l'importance presque démesurée de la Prusse en Allemagne, surtout si on le rapproche de différents faits qui ont été indiqués plus haut. C'est la Prusse qui lève, pour le compte de l'Empire, plus de la moitié des douanes, et qui perçoit pour lui les $\frac{2}{3}$ des impôts impériaux, c'est le ministère de la guerre prussien qui dirige en fait les affaires de l'armée entière si l'on excepte les deux corps bavarois, c'est la Cour des Comptes de Prusse qui vérifie les comptes de l'Empire, enfin c'est l'administration des dettes de Prusse qui est comptable des dettes impériales. Si l'on ajoute encore que certains petits États ont abdiqué toute administration intérieure au profit de la Prusse, comme la Principauté de Waldeck (1), on peut se demander presque si l'Empire allemand n'est pas la Prusse agrandie (2).

(1) En vertu du traité passé avec la Prusse le 18 juillet 1867, et renouvelé tous les 10 ans depuis, la Prusse a pris en main toute l'administration intérieure du Waldeck. Elle y lève les impôts et effectue les dépenses publiques : elle nomme tous les fonctionnaires publics qui devaient même jusqu'en 1877 prêter serment au roi de Prusse, et étaient ainsi des fonctionnaires prussiens, même lorsqu'ils étaient originaires de la principauté. Le prince de Waldeck, véritable roi-fainéant, touche une simple liste civile, c'est un fonctionnaire inutile. Cf. Böttcher, *Staatsrecht des Fürstenthums Waldeck*, dans le *Recueil de Marquardsen*, 1^{re} édit., 1885, III, II, 1, p. 151, 152 et 160.

Le duché de Brunswick, administré par un prince prussien, en attendant que le duc de Cumberland, successeur légitime au trône de Hanovre, accepte l'annexion prussienne, est en fait également dans les mains de la Prusse.

(2) Pour être complet au sujet des compétences administratives respectives de l'Empire et des États, il faudrait encore traiter du pouvoir législatif de l'Empire, mais cette question n'étant d'aucun intérêt au point de vue de la fonction publique, nous la laissons de côté.

§ 3. — Classification des fonctionnaires allemands.

I. — *Fonctionnaires impériaux.*

1. La distinction la plus importante à faire entre les fonctionnaires en Allemagne est évidemment, comme il ressort de ce qui précède, celle qui touche les fonctionnaires impériaux et locaux. Elle n'est cependant pas suffisante : on divise en effet les fonctionnaires impériaux en fonctionnaires immédiats et fonctionnaires médiats. Cette distinction n'est pas inscrite dans la loi, mais elle est devenue habituelle, et repose sur la définition du fonctionnaire que donne la R. B. G., § 1. « Est fonctionnaire d'Empire dans l'esprit de cette loi tout fonctionnaire nommé par l'Empereur, ou tenu, en vertu de la Constitution, d'obéir aux ordres de l'Empereur. » Il y a donc deux espèces de fonctionnaires d'Empire :

1^o Ceux qui sont nommés par l'Empereur directement ou en vertu de sa délégation expresse : ces fonctionnaires portent le nom de fonctionnaires impériaux (1) ; on les appelle aussi fonctionnaires immédiats (2).

2^o Ceux qui, tout en étant nommés par un souverain allemand, entrent au service de l'Empire, et sont obligés d'obéir aux ordres de l'Empereur. Ces fonctionnaires sont appelés médiats, par opposition aux fonctionnaires impériaux immédiats. Rentrent dans cette catégorie les fonctionnaires moyens et subalternes des postes et télégraphes nommés au service d'Empire par les souverains

(1) *Allerhöchster Erlass* du 3 août 1871 (*Reichsgesetzblatt*, 1871, p. 318).

(2) C'est le nom que leur donne l'ordonnance du 29 juin 1871 sur le serment professionnel des fonctionnaires.

locaux (1), ainsi que les fonctionnaires civils et militaires de l'armée, nommés par les chefs des contingents militaires, mais tenus d'obéir aux ordres de l'Empereur (2). Ne sont pas fonctionnaires médiats, au contraire, certains fonctionnaires chargés d'effectuer des services surveillés par l'Empire, tels que les fonctionnaires des douanes, ou des chemins de fer (sauf en Alsace-Lorraine), pas plus que les fonctionnaires des offices locaux des poids et mesures, ou des bureaux locaux maritimes, bien que ces affaires soient soumises au contrôle des offices impériaux (3), car ils sont nommés par les souverains locaux, payés par leurs caisses, et dans leur dépendance exclusive.

2. Il y a des fonctionnaires auxquels des lois spéciales ont conféré expressément les droits et devoirs des fonc-

(1) Art. 50 de la Constitution. La question de savoir s'ils sont fonctionnaires d'Empire ou fonctionnaires locaux d'Etat est cependant discutée. Selon Laband, *Staatsr. des deutschen Reiches*, I, p. 396 et 397, note 1, ils sont fonctionnaires locaux, puisqu'ils sont nommés par les souverains locaux. Laband cite dans ce sens plusieurs décisions judiciaires. Son opinion est partagée par Sydow, art. *Post-u. Telegraph-Beamte* dans le *Handwörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts* de Stengel, II, p. 293. Au contraire, Perels et Spilling, *op. cit.*, p. 6, sont d'un avis opposé. Ils font observer qu'il n'y a entre les fonctionnaires ainsi nommés et les autres nommés par l'Empereur, aucune différence; qu'ils administrent une fonction impériale, sont soumis à la loi sur les fonctionnaires d'Empire, et ont les mêmes droits. Dans le même sens, Harseim, article *Reichsbeamte*, dans le *Handwörterbuch* de Stengel, II, p. 351; Pieper, *Reichsbeamten-gesetz*, dans la *Collection des Lois*, de Guttentag, Berlin, 1896, p. 4.

(2) § 64 de la Constitution, et § 38 de la Loi militaire (*Reichs-Militär-gesetz*), du 2 mai 1874. Il est fait exception pour les fonctionnaires civils et militaires du contingent bavarois qui restent pleinement des fonctionnaires locaux. Ils ne sont tenus d'obéir à l'empereur qu'en temps de guerre (traité du 23 nov. 1870, n° III).

(3) Pour les douanes, § 36 de la Constitution, pour les chemins de fer, § 42 de la Const., pour les poids et mesures, § 16 de la loi sur les Poids et mesures du 17 août 1868, et pour les offices maritimes, § 6 de la loi du 27 juillet 1877.

tionnaires d'Empire et qui, par suite, sont considérés comme tels, par exemple les fonctionnaires du Reichstag, pleinement indépendants de l'Empereur, et nommés par le Président de cette assemblée (1). Tels sont encore les fonctionnaires de la Banque d'Empire (*Reichsbank*) (2). Il y a doute au contraire pour ce qui touche les fonctionnaires des colonies allemandes (*Schutzgebiete*). On les considère en général comme des fonctionnaires d'Empire, dans l'impossibilité de les appeler fonctionnaires d'État, puisque les colonies administrées directement par l'Empire, ne sont pas des États (3). Il n'en est pas de même des fonctionnaires des compagnies de colonisation, comme la Compagnie à charte de la Nouvelle-Guinée allemande ; ces compagnies sont de droit privé, bien qu'elles exercent dans une certaine mesure des droits souverains. Leurs agents sont donc de simples employés.

3. Enfin, on a discuté la qualité des fonctionnaires d'Alsace-Lorraine. Sont-ils fonctionnaires d'Empire ou fonctionnaires d'État ? L'Alsace-Lorraine n'est pas membre de l'Union allemande, elle en fait simplement partie sous le nom de Pays d'Empire (*Reichsland*) et, comme tel, est soumise directement à l'Empereur. Mais elle possède un gouvernement propre, à la tête duquel se trouve le Statthalter, représentant de l'Empereur, et un ministère.

(1) R. B. G., § 156.

(2) Loi sur la banque (*Bankgesetz*), du 14 mars 1875 ; § 28, ord. du 19 déc. 1875, § 2 ; ord. du 23 déc. 1875, § 1. Ces fonctionnaires ne sont pas payés par les caisses impériales, mais par la banque elle-même.

(3) Dans ce sens un arrêt tout récent de la Cour suprême (*Reichsgericht*) du 15 février 1897. C'est aussi l'avis de Laband, *op. cit.*, I, p. 762 et 763. Pieper, *op. cit.*, p. 5. La R. B. G. a été étendue à ces fonctionnaires sauf quelques modifications par la loi impériale du 3 août 1888 pour le Cameroun et Togo, et l'ord. du 22 avril 1894 pour l'Afrique orientale.

Elle a ses lois, son administration, ses finances ; elle constitue donc en fait un État au même titre que les autres États allemands, et il nous semble que, par suite, elle a aussi ses fonctionnaires particuliers. Beaucoup d'auteurs cependant soutiennent le contraire en se basant sur ce fait que les fonctionnaires d'Alsace-Lorraine sont nommés par l'Empereur, et que, par suite, ils sont en vertu du § 1 de la R. B. G. fonctionnaires d'Empire. Mais en réalité, l'Empereur ne procède à ces nominations qu'en qualité de chef de la puissance publique d'Alsace-Lorraine. D'ailleurs la R. B. G. n'a été étendue à ces fonctionnaires (et avec quelques modifications) que par une loi ultérieure du 23 décembre 1873, ce qui prouve qu'on ne les considérait pas d'emblée comme fonctionnaires d'Empire. Enfin leurs traitements sont supportés par le budget local et non par la caisse de l'Empire. Plusieurs lois les désignent sous le nom de fonctionnaires d'État (*Staatsbeamte*) (1).

II. — *Fonctionnaires locaux.*

Tous les services qui ne sont pas devenus impériaux

(1) Tel est l'avis de Leoni et Mandel, *Das öffentliche Recht des Reichslandes Elsass-Lothringen*, 1^{re} partie, *Droit constitutionnel d'Alsace*, de Leoni, § 46, p. 128 et 129, dans le *Recueil de Marquardsen*, 2^e édition, 1895, II, n. 2. Dans le même sens : Thudichum, *Das Reichsbeamtengesetz*, dans les *Annalen des d. Reiches*, 1876, p. 265-399, spéc., p. 269 ; Rehm, *op. cit.*, *Annalen*, 1885, p. 71-74 ; Seydel, *Kommentar zur Reichsverfassungsurkunde*, p. 187 ; H. Schulze, *Deutsches Staatsrecht*, II, § 379, p. 372.

Selon Löning, *op. cit.*, p. 77 et 78 : « Les fonctionnaires d'Alsace ne sont que des fonctionnaires médiats d'Empire, comme les fonctionnaires provinciaux sont des fonctionnaires médiats d'État. » Au contraire les fonctionnaires d'Alsace-Lorraine sont considérés comme impériaux par Laband, *op. cit.*, I, p. 398 ; Stengel, *Das öffentliche Recht u. die Verwaltungsgewichtsbarkeit in Elsass-Lothringen*, *Annalen*, 1876, p. 903, note 1 ; G. Meyer, *op. cit.*, § 144, p. 440. Hänel, *Deutsches Staatsrecht*, I, p. 834.

sont effectués par des fonctionnaires locaux. Tel est le cas pour toute l'administration intérieure de l'Allemagne, et pour l'exercice de la justice. On peut même dire que les fonctionnaires médiats de l'Empire n'ont pas pleinement dépouillé leur caractère local ; ils prêtent, en effet, le serment professionnel à leur prince, en y ajoutant simplement une formule qui les oblige aussi vis-à-vis de l'Empereur.

1. Les fonctionnaires locaux peuvent être divisés en plusieurs catégories. On distingue d'abord les fonctionnaires judiciaires des fonctionnaires administratifs, car, bien que la justice fasse, au sens large, partie de l'administration, elle a cependant des devoirs à part, et ceux qui la rendent sont protégés d'une manière spéciale. On comprend parmi les fonctionnaires judiciaires, non seulement les juges des diverses juridictions ordinaires, mais encore ceux des tribunaux spéciaux, tels que les tribunaux administratifs permanents, cours des comptes, tribunaux religieux ou tribunaux de commerce.

2. Les fonctionnaires purement administratifs se distinguent encore en fonctionnaires immédiats et médiats : les premiers sont ceux qui servent directement les États dans les administrations publiques, les seconds au contraire, sont au service de personnes morales de droit public, comme les communes, cantons, districts, cercles, provinces : ils sont payés par le budget de ces circonscriptions territoriales, alors que les premiers émargent sur les fonds publics de l'État. On a comparé la situation de ces fonctionnaires immédiats vis-à-vis de l'État, à celle des fonctionnaires d'État, en général, vis-à-vis de l'Empire : cependant, la comparaison est inexacte ; l'Empire n'a aucun droit de contrôle sur les fonctionnaires

d'État, tandis que les États exercent une surveillance constante sur les fonctionnaires communaux et municipaux (1).

3. En Bavière on distingue encore les fonctionnaires pragmatiques des fonctionnaires non pragmatiques. La distinction, qui n'a qu'une faible portée pratique, repose sur ce fait que les premiers sont en fonction en vertu d'un Rescrit de nomination, et soumis à la législation de la Constitution de 1818 (Complément IX), document qui répète textuellement la pragmatique de 1805 (d'où le nom de pragmatiques appliqué à ces fonctionnaires), tandis que les autres sont nommés en vertu de lois ultérieures.

4. Quant aux ecclésiastiques des confessions reconnues, ils ne sont pas des fonctionnaires, bien qu'on les ait souvent considérés comme tels. Le droit commun prussien de 1494 leur en reconnaît, il est vrai, la qualification (2), mais en droit moderne on la leur refuse généralement ; ils ne servent pas l'État, mais une partie seulement du public, organisée en communauté reconnue (3). La constitution prussienne du 31 janvier 1850, article 13, accorde à l'Église la plus grande autonomie, et s'abstient de toute ingérence dans la nomination des ecclésiastiques et dans l'administration de ses biens. Cet article a été, il est vrai, supprimé depuis, mais seulement dans un but politique, et l'on a maintenu intégralement la séparation de l'Église et de l'État. L'État ne nommant, ni ne payant les ecclésiastiques ne peut les considérer comme des fonctionnaires ; ce sont bien des personnes publiques dans

(1) Cf. G. Meyer, *op. cit.*, p. 411.

(2) *Allgemeines Landrecht*, t. II, tit. 11, § 19, § 96.

(3) Cf. Schulze, *Preussisches Staatsrecht*, I, p. 305 et 306.

une certaine mesure, mais non des fonctionnaires publics.

Le personnel enseignant des écoles publiques fait au contraire partie du service public d'État (1) : il est partout nommé et surveillé par l'État, bien que ses émoluments soient supportés, selon les législations, tantôt par le budget public, tantôt par les budgets locaux (2).

(1) Ils sont considérés expressément comme fonctionnaires par le Droit commun prussien, t. II, tit. 42, § 65 et 73, et par la constitution de 1850 : art. 23, al. 2 : « Les personnes de l'enseignement public ont les droits et devoirs des fonctionnaires publics. » Il en est de même en Wurtemberg, d'après la loi du 28 juin 1876, dans le grand-duché de Bade, d'après la loi sur les fonctionnaires de 1888, § 1, 133. En Bavière il n'y a pas de loi qui assimile les maîtres d'écoles aux fonctionnaires, mais les professeurs des universités on ont la qualité. Cf. sur ce point, G. Meyer, *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts*, I, § 85, p. 251, note 22, et § 87, p. 254, note 4.

(2) Les maîtres d'écoles sont toujours payés sur les budgets locaux. En France il en est de même : la commune est autorisée à prélever un impôt spécial qui passe dans une caisse des écoles.

CHAPITRE V

ACCÈS A LA FONCTION PUBLIQUE (1).

Loin de contraindre les citoyens au service public, l'État n'a que l'embarras du choix pour le recrutement de ses fonctionnaires, en raison de l'affluence des candidats qui s'offrent à lui. Il en profite pour faire un triage aussi parfait que possible parmi eux, en exigeant certaines conditions plus ou moins rigoureuses d'accès aux emplois publics.

Les conditions requises en Allemagne pour être fonctionnaire sont les suivantes :

1° Une conduite irréprochable et l'absence d'antécédents judiciaires.

2° Des capacités professionnelles et une instruction en rapport avec l'office recherché, ce que l'on prouve au moyen d'examens.

3° Un acte de nomination donnant au candidat sa qualification officielle.

4° Le dépôt d'une caution dans quelques États, au cas où le fonctionnaire a gestion de deniers publics.

5° La prestation du serment professionnel.

(1) Tous les textes de lois et décrets concernant le service public d'Empire et de Prusse sont réunis en un recueil officiel, intitulé : *Der Beamte, im Reichs- und Staatsdienst*, Berlin, 1890, 2^e édit.

§ 1. — Conditions générales.

1. Les quatre dernières conditions seront étudiées en détail. Il y a peu de chose à dire quant à la première : elle est toute naturelle, l'État ne pouvant prendre à son service des personnes mal famées ou ayant commis des actes coupables, car il veut être respecté en ses représentants. C'est ce que prescrit expressément le Code pénal de l'Empire allemand. En vertu de l'article 31, al. 1 : « La condamnation à une peine de travaux forcés a pour conséquence légale l'incapacité perpétuelle d'entrer au service de l'armée ou de la marine, et d'occuper une fonction publique. » En outre l'article 34 décide : « La dégradation civique entraîne pendant la durée pour laquelle elle a été prononcée, l'incapacité..... 3° d'occuper une fonction publique..... »

Ces cas d'incapacité légale à être fonctionnaire sont appliqués obligatoirement dans tous les États allemands, mais ils constituent seulement un minimum de moralité exigée. Le plus souvent les législations impériale et locales sont plus difficiles et éliminent du service public ceux qui, sans avoir subi des condamnations graves, se sont montrés indignes de la confiance de l'État, par exemple les faillis, les personnes endettées ou de mauvaise vie habituelle. C'est ainsi que le règlement pour l'entrée au service des Postes et Télégraphes exige, dans son § 3, que les candidats « se soient montrés en tout point respectables, dans leur vie antérieure, et soient exempts de dettes (1) ».

(1) Ces dispositions ne sont pas récentes. Le paragraphe 8 d'une ins-

2. Il y a encore quelques conditions accessoires, et variables avec chaque carrière ; par exemple des spécifications d'âge, de santé, d'aptitudes physiques, de fortune au autres (1).

3. Le plus souvent aussi la nationalité allemande est requise des candidats, mais elle ne constitue pas une condition absolue. Il y est fait exception, spécialement pour les professeurs des universités, pour les consuls commerçants, et dans quelques autres cas déterminés (2). Au contraire, la nationalité locale n'est jamais nécessaire pour entrer au service d'un des États allemands. En vertu de l'article 3 de la Constitution allemande, il y a pour toute l'Allemagne un indigénat commun, ce qui signifie que tout sujet d'un des États allemands est considéré dans les autres comme s'il y était né, et qu'il y jouit de tous les droits civils locaux, ainsi que du droit d'exercer une fonction locale : le Saxon peut devenir juge en Prusse, et le Prussien administrateur en Saxe. Il fallait autrefois, dans

truction prussienne de 1817 (*Geschäftsinstruktion* du 23 octobre 1817) spécifiait que : « L'on ne doit pas admettre dans le service public les sujets qui dans leur vie privée mettent de côté toute religion et toute morale, ou qui se font mépriser par leur conduite ; ce qui comprend aussi l'ivrognerie et le jeu. » Cf. Rönne, *Preuss. Staatsr.*, III, p. 416, note 4.

(1) Pour le service des postes et télégraphes, on exige une bonne vue et une bonne ouïe, ainsi que des organes respiratoires sains. Dans le service des chemins de fer l'attention se porte particulièrement sur la vue des candidats et sur leur aptitude parfaite à distinguer les couleurs. Il y a aussi souvent des conditions d'âge. Pour être juge au tribunal d'Empire il faut être âgé de 35 ans (Loi sur l'organisation judiciaire du 27 janv. 1877, § 127). 24 ans suffisent pour les greffiers (Loi du 3 mars 1879, § 99) ; pour les huissiers il faut 25 ans (*Gerichtsvollzieherordnung*, du 14 juillet 1879, § 1).

(2) Le seul fait d'entrer au service d'un des États allemands confère au fonctionnaire la nationalité allemande (Loi sur la nationalité, du 1^{er} juin 1870, § 9).

ces cas, une autorisation spéciale des souverains, qui a disparu aujourd'hui (4).

4. La confession religieuse ne joue plus aucun rôle pour la nomination des fonctionnaires, sauf quand il s'agit de fonctionnaires ecclésiastiques : il est clair qu'un pasteur protestant ne peut devenir aumônier militaire catholique.

5. La noblesse n'a plus légalement aucun privilège d'accès à la fonction publique, mais en fait certaines carrières lui sont à peu près réservées : par exemple, la diplomatie et les grades d'officiers dans les régiments de cavalerie.

§ 2. — Instruction professionnelle des fonctionnaires.

L'attrait des fonctions publiques est aujourd'hui tel qu'il en résulte un danger incontestable pour certaines classes de la société. S'il est indispensable de posséder de bons fonctionnaires, il est cependant fâcheux de voir les jeunes gens se porter en masse à l'assaut d'une place, parce qu'elle est tranquille, à responsabilité limitée, et en quelque sorte, de tout repos. Cet encombrement qui laisse dans l'industrie et le commerce des vides dangereux a encore l'inconvénient de pousser l'État aux dépenses, et surtout dans les pays parlementaires, d'inciter le gouvernement à créer des places plus ou moins inutiles pour satisfaire ses amis, et placer convenablement leurs enfants.

(1) Décision du Ministère d'Etat prussien, du 25 juillet 1868 (*Justiz-Ministerialblatt für Preussen*, 1868, p. 262, et *Ministerialblatt für die innere Verwaltung*, 1868, p. 197).

Un seul moyen reste pour enrayer un tel mouvement, c'est de rendre l'accès aux fonctions publiques le plus difficile possible. On n'y a pas manqué. La carrière administrative est aujourd'hui dans tous les pays barrée par des examens et des concours d'entrée, nombreux et difficiles.

Nulle part l'encombrement des carrières publiques n'est aussi grand qu'en Allemagne, mais nulle part aussi les examens n'ont été organisés avec tant de soin et de régularité, comme nous allons le voir.

I. — *Séparation des fonctions moyennes et supérieures.*

On ne peut songer à imposer à tous les fonctionnaires, les mêmes prescriptions, touchant à leur instruction préparatoire et professionnelle : cela tient à la variété immense des emplois publics ainsi qu'à la forte hiérarchie qu'ils comportent.

1. Il faut d'abord mettre à part les emplois politiques dont les titulaires n'ont pas besoin de prouver une capacité spéciale. Il suffit qu'ils aient la faveur du gouvernement pour être nommés : cependant, si tel est le droit, il n'en est pas moins vrai que ces places ne sont données qu'à des personnes dont les capacités sont depuis longtemps éprouvées soit par leur activité dans des chambres représentatives, soit dans des fonctions moins élevées bien que déjà importantes. C'est ainsi que rien ne vient limiter le choix de l'Empereur en ce qui touche le Chancelier de l'Empire, et les Secrétaires d'État, chefs des Offices impériaux : ils suivent les vicissitudes de la politique et sont renvoyés sans autre forme de procès en vertu du paragraphe 35 de la R. B. G. En Prusse, ainsi que dans tous

les États allemands, il en est de même des Ministres et autres membres du gouvernement, et aussi des hauts fonctionnaires chargés de représenter le gouvernement dans les provinces et les grandes subdivisions territoriales (1).

2. Quant aux fonctions non politiques, certaines d'entre elles réclament de leurs titulaires une instruction développée tant en profondeur qu'en étendue, d'autres une instruction primaire seulement : du plus haut au plus bas de l'échelle tous les degrés de l'instruction peuvent se trouver à leur place dans les emplois publics, et dès lors il est possible d'adopter plusieurs systèmes de recrutement. Le premier consiste à établir un échelon assez bas, accessible à tous, à partir duquel on s'élève peu à peu dans la hiérarchie administrative pour arriver aux emplois supérieurs. Le second, au contraire, est de séparer avec netteté les emplois moyens des fonctions élevées. On part alors du principe que celui qui entre au service avec une instruction insuffisante ne peut pas acquérir plus tard les qualifications nécessaires pour administrer avec des vues d'ensemble larges, des fonctions étendues comme celles de surveillance générale et de direction. Les deux systèmes ont leurs avantages et leurs inconvénients : le premier convient mieux aux principes de la démocratie, le second cependant l'emporte aujourd'hui partout (2).

Les partisans du premier système ne se contentent pas

(1) En vertu de la loi prussienne du 11 mars 1879, le Grand examen d'administration (voir plus loin) n'est pas exigé des présidents et vice-présidents de Régence (chefs d'une subdivision territoriale équivalant à 2 ou 3 de nos départements), ni des présidents supérieurs de Provinces, tandis qu'il est imposé à tous les autres hauts fonctionnaires de ces circonscriptions.

(2) Cf. Young, *op. cit.*, p. 79-81.

d'invoquer les maximes d'égalité, ils admettent que certains fonctionnaires travailleurs et assidus acquièrent dans les degrés moyens une connaissance profonde et minutieuse du mécanisme de leur service et qu'il est ensuite regrettable de se priver, dans les postes supérieurs, des capacités de pareils hommes. C'est là une considération pleine de justesse, mais on y répond en observant qu'à part quelques exceptions, il est bien difficile de suppléer plus tard au manque d'instruction générale de la jeunesse : ce n'est pas à l'époque de la maturité qu'un esprit dont la science théorique est restreinte, complète les connaissances qui lui manquent, car il ne s'enrichit plus alors que de l'expérience acquise, et la théorie, si nécessaire pour tirer de la pratique tout son enseignement, lui fait désormais défaut. Un fonctionnaire qui est destiné à embrasser dans son activité une administration entière, ou tout au moins un grand cercle d'affaires, ne peut se contenter de la connaissance exclusive de ces affaires : il lui faut avoir parcouru le domaine entier du droit, de l'histoire et des sciences économiques. Un directeur des postes, par exemple, ne peut se limiter à la pratique minutieuse des opérations postales : il doit savoir, en outre, les besoins économiques du pays, comprendre ses relations avec l'étranger et l'influence possible d'une réforme postale sur le mouvement des correspondances et les échanges internationaux. Ce sont là des conditions que réalisera difficilement un fonctionnaire parti d'en bas et arrivé à force de travail à un poste élevé : il lui manquera pour cela l'intelligence des grands phénomènes politiques.

Aussi a-t-on renoncé presque partout à ouvrir à tous les carrières supérieures : seuls, les pays très démocratiques, comme la Suisse, en ont continué la méthode. En

Allemagne, la séparation à peu près absolue du service moyen et subalterne avec le service supérieur est un fait constant.

II. — Conditions d'aptitude au service public.

A. — Service fédéral.

On a vu que les fonctions fédérales sont peu nombreuses en Allemagne, par comparaison aux fonctions locales: elles comportent cependant dans le service des postes et télégraphes un personnel considérable, dont le recrutement est fait avec soin. Il y a des règles moins complètes pour quelques autres carrières d'Empire.

1. *Service des postes et télégraphes* (1). — Le principe de la séparation totale entre les places moyennes et supérieures a été appliqué avec moins de rigueur en ce qui concerne les postes et télégraphes: c'est la seule carrière où les hauts fonctionnaires n'ont pas besoin d'avoir passé par l'université. Deux portes d'accès ont été ménagées aux candidats: par la première destinée aux emplois moyens et supérieurs ils entrent avec le titre d'élèves des postes (*Postelev*) tandis que par la seconde ils deviennent simplement des employés (*Postgehilfe*) (2).

a) Au lieu d'exiger des élèves des postes une instruction académique, on se contente d'un certificat de maturité (3) obtenu à la sortie d'un gymnase classique (lycée)

(1) Cf. Bönning, *Leitfaden für Vorbereitung für die Postgehilfen- u. Postassistentenprüfung*, Cassel, 1893; Young, *op. cit.*, p. 92-100; Laband, *op. cit.*, II, p. 101-103; Rönne, *Pr. Staatsr.*, III, p. 447; Der Beamte, *Textes sur l'administration des postes et télégr.*, I, p. 120-222.

(2) *Instruction pour l'admission au service des postes et télégr.* du 1^{er} oct. 1882, § 1.

(3) Cela correspond à peu près au baccalauréat.

ou d'une école d'enseignement moderne (*Realschule*). Par exception on admet encore ceux qui ont suivi pendant 6 mois les cours de la classe supérieure d'un gymnase ou qui justifient d'autres certificats à peu près équivalents. Les candidats doivent avoir plus de 16 et moins de 25 ans, déposer une caution de 900 marks (1125 fr.) et prouver qu'ils ont de quoi se subvenir seuls pendant la durée de leur préparation (1).

Après un stage de 3 ans dans les divers services d'un bureau de 1^{re} ou 2^e classe, l'élève est admis à passer l'examen de secrétaire (*Sekretärprüfung*) devant un conseil d'examen dépendant d'une Direction supérieure des postes (2). Cet examen est écrit et oral : l'écrit qui comporte 3 compositions de six heures chacune, est fait à portes closes : l'oral s'étend sur toutes les matières concernant les postes et télégraphes, sur la géographie générale, les langues vivantes et quelques autres branches accessoires (3). Lorsque le candidat a obtenu des notes

(1) Le nombre annuel des candidats, admis comme élèves des postes de 1880 à 1889, a plus que triplé comme en font foi les chiffres suivants :

en 1880 on a reçu 83 élèves.

— 1881	—	128	—
— 1882	—	163	—
— 1883	—	186	—
— 1884	—	176	—
— 1885	—	184	—
— 1886	—	191	—
— 1887	—	234	—
— 1888	—	237	—
— 1889	—	287	—

Cf. *Postarchiv.*, année 1874, p. 297 et *Archiv. für Post.-u. Telegraphie*, 1891, p. 448.

(2) La hiérarchie des organes postaux comporte comme administration centrale l'Office impérial des Postes (*Postamt*) dont dépendent 40 Directions suprêmes (*Ober-Postdirektionen*), qui comprennent elles-mêmes dans leurs ressorts un nombre variable de Bureaux de 1^{re}, 2^e et 3^e classe (*Postämter*) et des Bureaux auxiliaires (*Postagenturen*).

(3) Instruction de 1882, § 11 et 12, et son Annexe 5.

suffisantes, il porte le titre de stagiaire des postes (*Postpraktikant*) et est employé comme remplaçant ou surnuméraire. Il est peu après nommé secrétaire (*Postsekretär*) et est alors payé (§ 14 et 15).

Ceux qui se destinent au service supérieur des postes passent, après un nouveau stage de 3 ans, le Grand examen des postes, devant un conseil d'examen siégeant à Berlin, et dépendant de l'office central (1). Cet examen, très sérieux, bien qu'il ne constitue pas un concours, comprend une épreuve professionnelle, une épreuve écrite et une épreuve orale. L'épreuve pratique consiste en l'exécution d'une opération administrative, par exemple l'inspection d'un bureau en exploitation ou le devis d'établissement d'un nouveau bureau. L'écrit comporte deux travaux dont l'un est une rédaction théorique, l'autre un rapport sur une affaire litigieuse, par ex. la recherche d'une valeur égarée. Ces deux travaux sont faits librement par le candidat, en se servant des matériaux qui lui conviennent. Il a 4 mois pour les finir, et doit, quand il les présente, prêter serment qu'il en est l'auteur exclusif, en indiquant minutieusement ses sources. L'examen oral s'étend sur l'économie politique, la science financière, le droit public et administratif, les conventions postales internationales et tout ce qui concerne la pratique des postes et télégraphes, enfin la procédure et le droit constitutionnel. Il y a encore quelques interrogations spéciales, variant selon que le candidat se voue au service postal ou au service télégraphique.

Le Grand examen des Postes donne seul qualité aux emplois de Receveur d'un bureau de 1^{re} classe, Inspecteur

(1) Instruction de 1882, § 16, et annexe 7.

d'un district postal, et à tous les emplois supérieurs parmi lesquels ceux de Receveur d'une Direction supérieure, ou de haut fonctionnaire à l'administration centrale (1). Pour en faciliter l'accès, on a créé à Berlin, en 1885, une école des Postes et Télégraphes, chargée de préparer les jeunes secrétaires au Grand examen (2).

b) Les Employés des Postes n'ont besoin que d'une ins-

(1) En vertu du § 1 de l'Instruction de 1882.

L'importance de ce Grand examen est démontrée par les chiffres suivants : pendant la période de 1870 à 1879 on a admis annuellement 227 élèves des postes et l'on a présenté au Grand examen environ 35 candidats par année. Au contraire de 1880 à 1889 la moyenne annuelle de l'admission des élèves est tombée à 187, alors que celle des candidats au Grand examen est montée à 100.

Pour la période récente, nous extrayons les renseignements suivants concernant le Grand examen des Postes, de la revue *Archiv. für Post. u. Telegraphie*, article de Buhtz : *Die höhere Postverwaltungs-Prüfung*, année 1891, p. 369 et 448, et comptes rendus annuels depuis 1894 : 1894, p. 271, 1895, p. 80, 1896, p. 209, 1897, p. 260.

Années	Candidats présentés au Grand examen	Candidats reçus à leur 1 ^{er} essai	Candidats reçus en tout	Proportion des échecs
1880	50	20	44	12 o/o
1881	52	21	48	8 »
1883	99	37	77	22 »
1885	136	54	110	19 »
1886	107	59	80	25 »
1887	114	30	70	38 »
1893	134	»	97	25 »
1894	157	»	122	22 »
1895	145	»	113	23 »
1896	165	»	137	17 »

L'âge moyen des jeunes gens, au moment où ils ont été reçus au Grand examen des Postes, a été en 1891 de 33 ans et 2 mois, en 1892 de 31 ans 7 mois, en 1893 de 31 ans 3 mois, en 1894 de 31 ans, en 1895 de 30 ans 5 mois, en 1896 de 30 ans 3 mois : il tend donc à s'abaisser dans une assez large mesure.

(2) Circulaire du Secrétaire d'Etat de l'Office des Postes du 28 juin 1885. Cette école fonctionne normalement. Sur les 134 candidats qui se sont présentés en 1893 au Grand examen, 43 en avaient suivi les cours, et en 1896, 40 sur 163 candidats.

truction primaire (1) : ils sont admis après dépôt d'une caution à s'exercer dans les bureaux de 2^e ou 3^e classe. Le Receveur du bureau est libre de les accepter ou de les refuser, il les paie ou ne les paie pas : c'est affaire de convention entre les intéressés. Après un stage de 4 ans, ces employés passent l'examen de commis (*Postassistent*) devant des jurys spéciaux. Cet examen est très analogue à celui de secrétaire (2). Une fois subi avec succès, il permet quelquefois au commis de devenir Receveur d'un bureau de 3^e classe (3), mais c'est la place la plus haute à laquelle il puisse prétendre : jamais il ne devient Elève des Postes (4).

2. *Service diplomatique* (5). — Il n'y a pas pour le recrutement des hauts fonctionnaires des Affaires étrangères de règles fixes en Allemagne. On applique en général un règlement secret prussien, du 4 mai 1827, publié depuis, et modifié par un autre du 7 janvier 1842. On choisit en

(1) Instruction de 1882, § 1 et § 18-28.

(2) *Ibid.*, annexe 9.

(3) *Ibid.*, § 1.

(4) Les conditions d'accès aux Postes et Télégraphes, sont toutes différentes, en France. En vertu d'un programme de 1886, le haut personnel administratif se recrute régulièrement parmi les simples commis, qui peuvent tous se présenter à l'examen dit du second degré, comportant un écrit et un oral; l'écrit est formé d'une composition sur un sujet technique, de la constitution d'un dossier de réclamation, et d'un rapport administratif : l'oral est exclusivement technique.

Le personnel des commis se recrute parmi les surnuméraires entrés dans l'administration à la suite d'un concours assez simple : le baccalauréat n'est pas exigé, mais procure des avantages.

Le personnel technique, c'est-à-dire les ingénieurs des Postes et Télégraphes, est recruté en France parmi les ingénieurs des Ponts et Chaussées, des Arts et Manufactures, et les anciens élèves de l'Ecole Polytechnique : il y a aussi quelques places réservées à ceux qui sortent de l'Ecole professionnelle des Postes et Télégraphes.

(5) Cf. Rönne, *Pr. Staatsrecht*, III, § 256, p. 451 et *D. Staatsr.*, I, § 54, p. 349.

vertu de ce règlement des jeunes gens ayant accompli 3 années d'études universitaires, et deux années de stage, l'une auprès des justices, l'autre auprès de l'administration. Ces candidats passent l'examen diplomatique qui s'étend à un certain nombre de matières de droit public. On interroge sur les besoins économiques industriels et commerciaux de l'Allemagne. En réalité cet examen réglé peu rigoureusement est plutôt pour la forme. La carrière diplomatique reste essentiellement au choix du gouvernement.

3. *Service consulaire* (1). — La loi fédérale du 8 novembre 1867 qui a réglé le service consulaire pour la confédération de l'Allemagne du Nord, et qui est encore en vigueur aujourd'hui, a posé les principes du recrutement des consuls de carrière. En vertu du § 7 de cette loi, l'on peut choisir comme consuls : 1° ceux qui ont passé le premier examen de la carrière judiciaire (voir plus loin) et fait un stage pratique de 3 ans dans l'administration ou la justice, ou ceux qui ont fait partie du service consulaire de l'Empire ou d'un des États allemands pendant 2 ans au moins ; 2° ceux qui subissent avec succès un examen spécial. Cet examen, réglé par une circulaire du chancelier de l'Empire, du 28 février 1873, comprend une épreuve écrite ou orale : l'écrit se compose de deux travaux pour lesquels 6 semaines sont accordées au candidat. L'un de ces travaux se rapporte aux fonctions consulaires, l'autre est théorique. Les matières de cet examen sont l'histoire générale, la géographie économique et statistique, le droit

(1) Cf. Rönne, *D. Staatsr.*, I, § 54, p. 349 ; Laband, *op. cit.*, II, p. 36, et surtout König, *Handbuch des deutschen Consularwesens*, 5^e édit., Berlin, 1896, p. 45-48.

civil, criminel, commercial, maritime, international, enfin l'économie politique et coloniale.

L'oral peut être supprimé si l'écrit est suffisant.

Ces règles ne s'appliquent pas aux consuls commerçants choisis en raison de leur situation, et sans condition fixée.

Comme pour les épreuves diplomatiques, l'examen consulaire dépend plus de la faveur que des épreuves elles-mêmes (1).

4. *Service judiciaire*. — L'Empire n'a, comme il a été dit plus haut, qu'un tribunal, le Reichsgericht, dont les membres sont nommés par l'Empereur sur la proposition du Bundesrath. Peut être nommée conseiller à ce tribunal toute personne qui a capacité d'occuper un office judiciaire auprès d'un tribunal allemand quelconque : on exige simplement 35 ans d'âge (§ 127 de la loi sur l'organisation judiciaire allemande) (2).

La capacité judiciaire est encore exigée (en vertu du § 42 de la loi du 6 juin 1870 sur le domicile d'assistance publique), de la moitié des conseillers à l'office fédéral de l'Indigénat (*Bundesamt für Heimathwesen*), dont le rôle

(1) La diplomatie et les consulats forment en France une seule et même carrière, dont l'accès est réglé plus strictement qu'en Allemagne, par un décret du 20 novembre 1894. Les conditions en sont le diplôme de licence en droit ou certains autres diplômes équivalents, puis un stage provisoire de 3 mois, suivi d'un examen écrit, comprenant une composition sur le droit international privé, un rapport sur pièces et un thème de langue vivante sans dictionnaire. Puis vient le stage définitif d'environ 9 mois, clôturé par le concours d'admission. Ce concours consiste, à l'écrit, en une composition d'histoire diplomatique et une version de langue vivante. Les matières de l'oral sont l'histoire diplomatique, le droit international, la géographie économique, la législation coloniale et l'économie politique, enfin une épreuve de langue étrangère. Les candidats reçus sont nommés attachés d'ambassade, ou élèves-consuls, au choix du gouvernement.

(2) *Reichsgerichtsverfassungsgesetz* du 27 janvier 1877.

est de trancher les litiges d'assistance publique entre États allemands (1).

B. — Service local.

Chaque État a réglé à son gré les conditions d'accès aux fonctions administratives intérieures : il n'y a plus ici de législation unitaire, mais au contraire une grande variété de prescriptions spéciales (2). Il serait impossible, et d'ailleurs sans grand intérêt, d'étudier en détail ces règles dans les plus petits États allemands. Nous devons donc nous borner aux dispositions appliquées en Prusse, dont la population constitue les 3/5 de celle de l'Allemagne entière, aux royaumes secondaires de Bavière, Saxe

(1) L'organisation de l'assistance publique en Allemagne est bien différente de ce qu'elle est en France. Alors que chez nous elle a un caractère essentiellement facultatif de la part de l'Etat, elle constitue au contraire en Allemagne, un droit pour le pauvre. Ce principe qui vient d'Angleterre et a été appliqué d'abord par le célèbre statut d'Elisabeth, instituant en 1601 la taxe des pauvres, avec obligation pour les communes de se charger de leur entretien, a passé plus tard dans la législation prussienne, sous l'influence de Gneist. Il a été étendu par la loi fédérale du 6 juin 1870 à toute l'Allemagne du Nord, puis après 1870 aux Etats du Sud, sauf la Bavière et l'Alsace-Lorraine. D'après cette loi, l'entretien des pauvres est à la charge des circonscriptions d'assistance publique constituées par plusieurs communes et au-dessus d'elles, par les Etats de l'union allemande. Autrefois pour avoir droit à cette protection il fallait jouir de l'indigénat local. Aujourd'hui il suffit d'être né, marié ou résidant depuis deux ans dans la circonscription quel que soit l'indigénat d'origine. C'est en raison des conflits d'assistance soulevés par cette organisation qu'a été institué l'Office fédéral de l'indigénat, constituant un tribunal *sui generis*. Il n'est compétent que lorsqu'il y a conflit entre circonscriptions d'assistance publique de plusieurs Etats, et en dernière instance seulement. Mais le § 52 de la loi précitée a autorisé les Etats à se charger de trancher en dernière instance les conflits d'assistance locaux. De 1871 à 1882 il a été fait usage de ce droit par la Prusse, la Hesse, le Brunswick, l'Oldenbourg et plusieurs autres Etats secondaires.

(2) Ces prescriptions sont réunies dans un petit opuscule de G. Mollat, *Die juristischen Prüfungen und der Vorbereitungsdienst zum Richteramt*; Berlin, 1886.

et Wurtemberg, et au besoin aux Grands-Duchés de Bade et de Hesse. La législation des États de troisième grandeur est le plus souvent calquée sur celle de la Prusse sauf en ce qui touche les duchés saxons de la Branche Ernestine, qui prennent leur mot d'ordre à Dresde.

Nous ne nous occupons ici que des hauts fonctionnaires de la justice et de l'administration, car la masse des fonctionnaires subalternes n'est soumise qu'à des épreuves de capacité et d'instruction restreintes qui sont en général les mêmes dans tous les États du monde. Il y a au contraire un grand intérêt à connaître le mode de recrutement des fonctionnaires dirigeants dont dépend la bonne administration d'un pays.

1. *Fonction judiciaire* (1). — Il eût été très avantageux de régler par une loi d'Empire et d'une manière invariable pour tous les États allemands les conditions d'aptitude professionnelle aux emplois judiciaires. Un vœu dans ce sens avait été émis au Reichstag pendant la discussion de la grande loi sur l'organisation judiciaire de l'Empire allemand en 1877 (2). Bien qu'il fût en harmonie avec les tendances d'uniformité que consacrait cette loi, il n'aboutit pas, la question étant complexe, et la loi très urgente. Une nouvelle proposition dans le même sens, faite le 16 février 1898, par le député v. Cuny, fut également repoussée par la 6^e commission du Reichstag, mais une tentative ultérieure est destinée à aboutir dans un avenir plus ou moins éloigné.

Il n'y a donc pas de législation unitaire sur ce point,

(1) Sur ce point cf. Blondel, *L'Enseignement du droit dans les Universités allemandes*, Paris, 1885, p. 44 et suiv. ; Pfafferoth, *Jahrbuch der deutschen Gerichtsverfassung* pour 1898, p. 26 à 34.

(2) *Reichsgerichtsverfassungsgesetz* (Loi sur l'org. judiciaire) du 27 janv. 1877.

cependant, bien que les juges soient pleinement des fonctionnaires locaux, les États ne sont pas libres de les recruter entièrement à leur gré. La loi sur l'organisation judiciaire a fixé les conditions minima générales de capacité aux offices judiciaires, dans son paragraphe 2 ainsi conçu : « La capacité aux charges judiciaires s'acquiert en passant deux examens.

« Le premier doit être précédé de trois ans d'études du droit à l'Université. De ces trois ans, trois demi-années au moins doivent avoir été passées dans une Université allemande.

« Il doit s'écouler entre le premier et le deuxième examen un délai de trois ans qui sera employé en stage auprès des tribunaux et chez des avocats-avoués, et qui pourra aussi l'être en partie au service du ministère public.

« Les divers États fédérés ont le droit de prolonger le temps indiqué pour les études universitaires ou pour le stage préparatoire, ou de disposer qu'une partie de ce dernier, cependant au maximum un an, sera passé ou pourra être passé auprès des autorités administratives. »

Telles sont les prescriptions générales ; elles comprennent dans leurs grandes lignes trois ans d'études universitaires, deux examens et trois ans de stage, c'est-à-dire 6 ans de préparation au minimum (1). L'application de ces prescriptions varie, tous les États ayant fait usage du droit de prolonger le temps des études universitaires ou du stage (2).

a) *Prusse*. — Les règles en vigueur en Prusse sont édic-

(1) Est encore qualifié pour occuper les emplois judiciaires, sans condition d'examen, tout professeur titulaire d'une chaire de droit dans une université de l'Empire allemand (§ 4 de la loi sur l'org. jud.).

(2) Cf. Laband, II, p. 432-434.

tées par la loi du 6 mai 1869 sur les examens juridiques et la capacité au service supérieur de la justice, et le règlement sur les Examens juridiques du 1^{er} mai 1883 (1).

Il y avait autrefois 3 examens dont le premier s'appelait *Auscultator Examen*, il était suivi après un an et demi de stage, de l'examen *pro referendariatu*, et l'on passait enfin, après un nouveau stage de deux ans et demi, l'examen d'assesseur. Après l'annexion à la Prusse, en 1866, du Hanovre, de la Hesse électorale et du Nassau, dans lesquels deux examens suffisaient, la Prusse se rallia à ce système. Elle n'a pas fait usage du droit de prolonger les études universitaires que lui accorde la loi de 1877 : trois années suffisent donc pour pouvoir se présenter au premier examen, pourvu que la moitié de ce temps ait été passée dans une université allemande, à l'étude du droit (2).

α) Le premier examen est passé devant des commissions instituées auprès d'un certain nombre de cours d'appel, et composées en partie de professeurs de droit, nommés par le Ministre des cultes et de l'instruction publique, et en partie de juges ou membres du ministère public, nommés par le Ministre de la justice (3). Ce n'est donc pas un examen universitaire, mais ce que l'on appelle en Allemagne un examen d'État (*Staatsexamen*). La demande appuyée des pièces réglementaires est faite au Président de la Cour d'appel dans le ressort de laquelle on désire faire le stage. Elle peut être refusée pour excès de candidats ou pour raisons touchant la personne du candidat, par

(1) Complété par les décrets des 12 mars 1888, 3 nov. 1890, 21 mars 1891. Cf. *Annalen des deutschen Reichs*, année 1891, p. 412.

(2) § 1 de la loi du 6 mai 1869.

(3) Ordonnance du 3 nov. 1890, § 1 (*Allgemeine Verfügung betr. die erste juristische Prüfung*), qu'on trouvera dans le *Preussisches Justiz-Ministerialblatt* de 1890, p. 277.

exemple s'il n'est pas jugé digne de devenir magistrat (1).

Si la demande est admise, le Président de la Commission d'examen indique au candidat un sujet de travail à faire dans les 6 semaines, et tiré à son choix, du droit public ou privé, de l'histoire du droit ou des sciences politiques (2). Cela consiste en une dissertation d'une cinquantaine de pages que le candidat affirme sous serment avoir faite seul et en indiquant ses sources. Il est rare que ce travail soit refusé. Le candidat est ensuite admis à des épreuves orales. Il est interrogé sur tout l'ensemble du droit, qu'il a dû étudier à l'université, mais en pratique, on s'attache surtout au droit romain : l'explication d'un texte du Digeste joue un rôle considérable ; les sciences politiques au contraire sont fort négligées.

β) Le candidat qui passe avec succès cet examen est admis au stage judiciaire. Il ne peut, en cas d'échec, se représenter qu'une seule fois, et au bout d'un an, ou de 6 mois par faveur spéciale. Il peut aussi ne recommencer que l'oral ou l'écrit.

Le candidat porte alors le titre de Référendaire ; il doit, avant d'être admis au stage, prouver qu'il possède les moyens de se subvenir à lui-même pendant 5 ans au moins, puis il prête serment. La direction du stage appartient au Président de la Cour d'appel (3).

La durée du stage a été prolongée, comme le permet l'article 2 de la loi sur l'organisation judiciaire, de 3 à 4 années. Il est passé auprès de diverses juridictions, en vue de familiariser le jeune référendaire avec tous les services judiciaires, et d'en faire un juge expérimenté, mais

(1) Ord. du 3 nov. 1890, § 5.

(2) Ord. du 3 nov. 1890, § 6.

(3) Règlement du 1^{er} mai 1883, § 14-16.

aucune partie de ce stage n'est passée auprès de l'administration ; la chose a été interdite expressément par une circulaire du 18 février 1897, même si le temps ainsi employé ne devait pas être compté dans le stage (1).

Le stage se divise de la façon suivante (2) :

9 mois auprès d'un *Amtsgericht* (tribunal à juge unique non divisé en chambres, correspondant à une justice de paix à compétence étendue).

12 mois auprès d'un *Landgericht* (tribunal de première instance).

6 mois chez un avocat-avoué (*Rechtsanwalt*).

4 mois auprès du ministère public (*Staatsanwaltschaft*).

9 mois auprès d'un second *Amtsgericht* (afin d'en mieux comprendre le fonctionnement complet).

6 mois pour terminer, auprès d'une Cour d'appel (*Ober.-Landesgericht*).

Cela fait un total de 46 mois, qui, augmenté des congés assez courts et des retards inévitables quand le nombre des référendaires est élevé, dépasse facilement les quatre années réglementaires.

Pendant ces divers stages, les jeunes gens sont exercés : ils assistent aux audiences, font des rapports, des projets de jugement, rédigent des avis et conclusions, remplissent fréquemment les fonctions de greffier, et sont soumis à une surveillance efficace. Tous leurs travaux et

(1) Circulaire aux Présidents de Régences, concernant l'emploi des Référendaires auprès des Régences (*Runderlass an die Regierungspräsidenten, betreffend die Beschäftigung von Gerichtsreferendaren bei den Regierungen*). Cf. *Preussisches Ministerialblatt. f. innere Verwaltung*, année 1887. Cette mesure ne paraît pas digne d'approbation.

(2) Règlement du 1^{er} mai 1883, § 23.

occupations sont inscrits sur un livret individuel (*Geschäftsverzeichniss*) visé mensuellement par celui qui dirige le stage partiel où ils se trouvent, et sur lequel sont marquées les notes et observations de leurs supérieurs (1).

Pour juger de l'état de préparation du référendaire, ce dernier choisit six des travaux écrits qu'il a accomplis pendant ses divers stages. Ces travaux appelés actes de service (*Dienstakten*) sont remis avec toutes les copies des pièces sur lesquelles ils ont été faits, et avec le livret individuel, au Président de la Cour d'appel où se fait le dernier stage (2).

γ) Une fois le stage accompli, le référendaire fait une demande d'admission au Grand examen, appelé aussi Examen d'Assesseur, demande qui est transmise avec toutes les pièces, au Ministre de la justice, dans le cas où le Président de la Cour d'appel considère la préparation du candidat comme suffisante. L'examen d'assesseur est passé à Berlin, devant une commission des examens de justice unique (*Justiz-Prüfungs-Kommission*) qui est composée de six fonctionnaires, tous conseillers rapporteurs au Ministère de la justice (*Vortragende Ministerialräthe*), et d'un président (3). L'examen est écrit et oral : l'écrit comprend un travail théorique et un rapport sur dossier remis au candidat (4). Six semaines sont accordées pour faire le travail théorique, et trois semaines pour le rapport, qui doit comprendre un projet de jugement avec les motifs.

(1) Règlement du 1^{er} mai 1883, § 23.

(2) *Ibid.*, § 26.

(3) Cette commission fut créée sous le Grand Frédéric, par le chancelier von Jariges, le 12 novembre 1755 : elle fut placée non pas dans la dépendance du ministre de la justice, mais sous le contrôle direct du roi. On en trouvera l'histoire détaillée dans le *Preussisches Justiz-Ministerialblatt* de 1898 (18 mars, n° 11, p. 51 et suiv.).

(4) *Ibid.*, § 32-36.

Comme pour les travaux écrits du premier examen, le candidat se sert de toutes les sources qui lui conviennent sous la seule obligation de les indiquer et de travailler sans aide occulte.

L'oral est passé devant trois membres de la commission, six candidats au maximum étant examinés à la fois (1). Il comprend un exposé oral sur pièces remises trois jours à l'avance. En cas d'échec, les candidats voient prolonger leur stage pour un temps variable après lequel ils peuvent se représenter une fois seulement ; l'échec peut s'étendre soit à l'écrit, soit à l'oral, soit aux deux parties de l'examen.

δ) *Renseignements statistiques.* — Le nombre des candidats aux examens juridiques en Prusse a augmenté dans de larges proportions ; ce n'est pas seulement en France que les carrières judiciaires sont obstruées, comme le prouvent les chiffres suivants, rassemblés année par année dans le *Preussisches Justiz-Ministerialblatt*, spécialement année 1892, p. 32-33, 346, et 1898, p. 18, 19, 58.

ANNÉES	1 ^{er} EXAMEN				2 ^e EXAMEN			
	Candidats examinés	Candidats admis	Candidats refusés	Proportion des échecs	Candidats examinés	Candidats admis	Candidats refusés	Proportion des échecs
1880	1111	916	195	18 0/0	463	380	83	18 0/0
1884	961	799	162	17 »	717	582	135	19 »
1887	820	647	173	21 »	»	»	»	»
1890	902	723	179	20 »	»	»	»	»
1893	982	780	202	21 »	530	439	91	17 »
1894	1035	774	261	25 »	524	431	93	18 »
1895	1081	827	254	23 »	608	500	108	18 »
1896	1151	852	299	26 »	633	516	117	18 »
1897	»	»	»	» »	667	542	125	18 »

On voit d'après ce tableau, qu'au premier examen, le nombre des candidats a baissé peu à peu jusqu'à 1887 : il

(1) *Ibid.*, § 37-41.

s'est relevé depuis, et est aujourd'hui en augmentation considérable. Quant au deuxième examen, l'augmentation est plus forte encore. La difficulté des examens n'est pas bien grande, puisque la proportion des échecs varie entre 18 et 26 % au premier examen, et entre 17 et 19 % au second.

Si maintenant nous faisons le compte des référendaires employés au stage dans les rouages judiciaires en Prusse, nous trouvons que, tout en étant considérable, il n'a guère varié depuis 18 ans.

En 1880 l'on a occupé 3.580 référendaires.

— 1882	—	3.937	—
— 1884	—	3.918	—
— 1886	—	3.724	—
— 1888	—	3.216	—
— 1890	—	2.975	—
— 1891	—	2.960	—
— 1892	—	2.973	—
— 1893	—	3.060	—
— 1894	—	3.230	—
— 1895	—	3.315	—
— 1896	—	3.506	—
— 1897	—	3.782	—

Quant au nombre des assesseurs non pourvus d'une place rétribuée, il a plus que doublé.

En 1884 il était de 808

— 1894	—	1693
— 1895	—	1649
— 1896	—	1671
— 1897	—	1764

Au contraire, le nombre des places disponibles en Prusse n'a augmenté que dans des proportions infimes. Il y a grande tendance à exiger, même pour les emplois moyens, le Grand examen juridique (1). Le nombre des

(1) Cf. *Jahrbuch der deutschen Gerichtsverfassung*, 1898, p. 26-34.

places où il est nécessaire, a subi l'accroissement suivant :

Il était en 1797 de	350
— 1835 —	1.620
— 1841 —	2.362
— 1866 —	5.042
— 1895 —	8.500
— 1897 —	8.606

b) *Petits États* (1). — La durée des études universitaires est dans toute l'Allemagne de trois ans, sauf en Bavière où elle est de quatre années depuis 1830, et dans le grand-duché de Bade, où l'on se contente de trois ans et demi (les cours ne sont pas annuels, mais semestriels, dans les universités allemandes).

α) Les commissions pour le premier examen sont organisées très différemment du nord au sud : on trouve en Bavière, une de ces commissions dans chaque ville universitaire (Münich, Würzburg, Erlangen), composée de professeurs et de fonctionnaires judiciaires ou administratifs. En Saxe, l'examen est passé au siège de l'Université de Leipzig, devant une commission de onze professeurs et un commissaire du gouvernement. En Wurtemberg, la commission comprend tous les professeurs de l'Université de Tübingen et un haut fonctionnaire administratif. En Alsace-Lorraine, elle est formée de membres judiciaires et de professeurs, et siège à Colmar.

Quant aux matières de l'examen, elles sont sensiblement les mêmes partout : l'écrit est fait tantôt en loge, tantôt librement comme en Prusse. En Oldenbourg et à Iéna cependant, il existe cumulativement des travaux théoriques, remis après un délai étendu et des compositions à portes closes.

La publicité des examens n'existe qu'en Bavière, en Saxe, en Hesse et dans quelques autres petits États. Elle

(1) Cf. *Monatschrift für Deutsche Beamte*, année 1898, n° 9, p. 244.

est restreinte en Prusse aux candidats et aux étudiants en droit : elle n'existe pas en Mecklembourg, Brunswick, Bade, Alsace-Lorraine, ni dans les villes Hanséatiques.

La durée du stage est également variable. Elle est de 4 ans en Saxe, et dans la plupart des États ; en Alsace-Lorraine elle est réduite à 3 ans 1/2 pour les candidats qui ont étudié 7 semestres à l'université au lieu de 6. En Bavière où les études sont de 4 ans le stage est naturellement réduit à 3.

Quelques États ont fait usage du droit d'exercer leurs candidats pendant un an dans les services administratifs : par exemple la Bavière, la Saxe, le Wurtemberg, Bade, Oldenbourg, Alsace-Lorraine ; dans d'autres le stage administratif est simplement facultatif ou réduit à 6 mois, par exemple en Hesse et en Brunswick.

Le stage judiciaire est partagé entre les divers degrés de juridiction : le détail en est peu intéressant.

Il est à remarquer que celui qui a passé dans un des États le 1^{er} examen juridique, peut être admis au second dans tous les autres, et qu'il peut même faire compter dans son stage, s'il change de résidence, le temps passé au stage d'un autre État (§ 3 de la loi sur l'org. jud. de 1877).

Le titre porté après le premier examen varie également. Il est en général celui de Référendaire, mais en Bavière et en Bade les stagiaires sont appelés *Rechtspraktikanten*, en Hesse et Oldenbourg *Accessisten* (surnuméraires)

β) Pour ce qui touche le second examen, il est subi en général devant une commission unique au siège du gouvernement local, ou de l'université principale. Les membres de ces commissions sont tantôt des juges, tantôt des juges et des administrateurs, mais il n'y figure plus de professeurs, l'examen ayant un caractère plutôt pratique que théorique.

L'écrit se passe en loge dans les royaumes de Bavière et de Wurtemberg, et dans les grands-duchés de Bade et de Hesse. Il comprend ailleurs des travaux théoriques dans le genre prussien, enfin il s'étend quelquefois aux deux sortes d'épreuves : l'oral à peu près semblable partout comprend un rapport sur pièces judiciaires communiquées à l'avance et des interrogations sur l'ensemble du droit et spécialement sur le droit particulier de l'État au service duquel le candidat désire entrer.

Les candidats admis au deuxième examen portent en Prusse le titre d'assesseurs de justice (*Gerichts-assessoren*), en Bavière celui de *Geprüfte Rechtspraktikanten* (c'est-à-dire stagiaires confirmés), en Wurtemberg celui de référendaires de 1^{re} classe, et en Bade le simple titre de référendaires.

Une fois assesseurs, les jeunes gens n'ont plus qu'à attendre une place pour être nommés avocats-avoués ou *Amtsrichter* (juges à l'*Amtsgericht*) (1). Ils avancent ensuite aux tribunaux de l'instance et aux cours d'appel, ou entrent dans la magistrature debout (2).

γ) *Renseignements statistiques.* — Comme nous l'avons fait pour la Prusse, nous donnons ici un aperçu des conditions pratiques des examens publics ouvrant l'accès à la carrière judiciaire dans le reste de l'Allemagne, d'après les comptes rendus annuels du *Jahrbuch der deutschen Gerichtsverfassung* (3).

(1) Les conditions d'aptitude au notariat sont, en Prusse, identiquement les mêmes qu'à la magistrature (§ 1 de la loi du 6 mai 1869).

(2) Le recrutement de la magistrature, en France, présente beaucoup moins de garanties. Il suffit que les candidats soient licenciés en droit : ils sont alors nommés, au choix, juges-suppléants sans traitement. Au bout de 2 ou 3 ans ils obtiennent une place rétribuée dans un tribunal civil. Les candidats bénéficient d'un avancement plus rapide quand ils ont été attachés au parquet : il leur suffit pour cela d'être avocats-stagiaires ; le choix des attachés dépend exclusivement de la faveur.

(3) Spécialement 1884, p. 214-217 ; 1895, p. 216-219 ; 1898, p. 218-221.

1^{er} *examen* : En Bavière le nombre des candidats a été :

En 1880, de 135.

En 1884, de 192.

En 1894, de 459.

En 1896, de 301.

La moyenne des échecs a oscillé entre 15 et 31 %.

En Saxe le nombre des candidats a été :

En 1880, de 86.

En 1893, de 195.

En 1894, de 222.

En 1896, de 165.

En Wurtemberg le nombre des candidats se maintient entre 25 et 40 ; la proportion des échecs en Saxe a été de 18 à 24 %, selon les années (18 % en 1896). En Wurtemberg elle est plus basse encore : en 1893 sur 41 candidats pas un seul n'a échoué.

Pour l'Allemagne entière y compris la Prusse les résultats sont les suivants :

PREMIER EXAMEN JURIDIQUE				
Années	Candidats présentés	Candidats admis	Candidats ajournés	Proportion des échecs
1880	1550	1299	251	16 %
1881	1479	1186	293	20 »
1882	1491	1215	276	19 »
1884	1484	1195	289	19 »
1893	1962	1574	388	20 »
1894	1918	1468	450	23 »
1895	1930	1486	444	23 »
1896	1993	1518	475	24 »

Ces statistiques montrent que de 1884 à 1893 le nombre des candidats a fortement augmenté. Il tend à reprendre la même marche ascendante actuellement : par contre

la difficulté moyenne des examens a augmenté de 16 0/0 en 1880 à 24 0/0 en 1896.

2° *Examen.* — L'augmentation des candidats est encore plus considérable qu'au premier examen. En Bavière leur nombre a passé de 71 en 1880 à 350 en 1894, il a donc quintuplé. En Saxe de 69 en 1894 il a passé à 133 en 1896 ; il a plus que doublé en trois ans.

Pour l'Allemagne entière y compris la Prusse, les résultats sont les suivants :

GRAND EXAMEN JURIDIQUE				
Années	Candidats présentés	Candidats admis	Candidats ajournés	Proportion des échecs
1880	688	593	95	14 0/0
1881	833	724	109	12 »
1882	946	812	134	14 »
1884	1049	899	150	14 »
1893	1071	966	105	10 »
1894	1165	1046	119	10 »
1895	1254	1114	140	11 »
1896	1338	1174	164	12 »

En ce qui touche la difficulté du Grand examen, les statistiques détaillées nous apprennent que les échecs sont presque inconnus en Bavière où ils ne dépassent jamais 2 0/0 : en 1894 il y eut 7 échecs sur 350 candidats.

En Wurtemberg, en Bade, en Hesse, les échecs sont rares également. En Saxe, ils n'atteignent que de 6 à 12 0/0. Le Grand examen n'est donc d'une difficulté relative qu'en Prusse, où la moyenne des échecs atteint, comme nous l'avons vu, de 16 à 19 0/0.

Par suite de l'augmentation perpétuelle des candidats, et de la facilité avec laquelle ils sont reçus, le nombre total des jeunes gens qui attendent en Allemagne une place

judiciaire (quelquefois pendant 4 ou 5 ans après le grand examen), est devenu véritablement inquiétant, comme le prouve le tableau suivant :

Années	Nombre total des places de justice auxquelles peuvent prétendre les assesseurs dans toute l'Allemagne	Nombre des référendaires pour l'Allemagne entière	Nombre des assesseurs pour l'Allemagne entière
Fin juill. 1883	7455	5332	1265
Fin sept. 1894	8186	5632	2455
Fin sept. 1895	8275	5776	2542
Fin sept. 1896	8374	5241 (sans la Bavière)	2221 (sans la Bavière)
Fin sept. 1897	8466	5546 (sans la Bavière) * avec la Bavière environ 6300	2388 (sans la Bavière) * avec la Bavière environ 2800

L'assaut aux fonctions judiciaires s'annonce plus fort encore pour l'avenir si l'on considère la statistique des étudiants en droit, les candidats de demain. Il y a eu dans l'ensemble des Universités allemandes, pendant le semestre d'été, le nombre d'étudiants suivant :

ANNÉES	ÉTUDIANTS	ANNÉES	ÉTUDIANTS
1889	6752	1894	7776
1890	7115	1895	8132
1891	7202	1896	8428
1892	7242	1897	8725
1893	7561		

En 8 ans le nombre des étudiants a donc augmenté de près de 2.000; et dans les trois dernières années de 949, c'est-à-dire de 12 % (1).

2. *Fonction administrative.* — Il n'y a pas quant au service administratif de disposition provenant de la législation impériale pour exiger un minimum de capacité des

(1) Cf. *Leipziger Tageblatt*, 1898, n° 78 (13 fév.).

candidats, car le droit d'Empire s'arrête entièrement au seuil de l'administration intérieure que les États se sont réservée. Cependant, ici encore, nous trouvons des réglementations assez similaires, la Prusse marquant comme partout ailleurs son influence prépondérante.

a) *Prusse* (1). — La préparation au service administratif en Prusse a été réglée par une loi du 11 mars 1879 (2) et un décret du 30 novembre 1883.

α) En vertu du paragraphe 1 de la loi de 1879, la préparation au service administratif commence de même que pour le service judiciaire. Elle suppose trois années d'études suivies du 1^{er} examen juridique et des deux premières années du stage judiciaire.

Après ces deux années communes à tous les stagiaires, les Référéndaires de justice peuvent faire au Président d'une Régence la demande d'être nommés Référéndaires de Régence, et admis à continuer leur stage dans l'administration. Cette demande doit être accompagnée des certificats universitaires constatant que le candidat ne s'est pas borné à l'étude des sciences juridiques, mais qu'il a aussi consacré une partie de son temps aux sciences politiques, c'est-à-dire à l'économie politique et nationale, la science financière et le droit public et administratif.

Le stage administratif dure deux ans au minimum, ce qui fait, avec le stage judiciaire, quatre ans comme lorsqu'il

(1) Cf. Herrfurth, *Das Gesetz betr. die Befähigung f. den höheren Verwaltungsdienst* (3^e édit. Berlin, 1888). Köller, *Einleitung zur zweiten Prüfung der höheren Verwaltungsbeamten* (Hanovre, 1894). Kirchenheim, article *Vorbereitung*, dans le *Handwörterbuch des Verwaltungsrechts*, de Stengel. Blondel, *op. cit.*, p. 53 à 57. Young, *op. cit.*, p. 85 et suiv.

(2) Qui a remplacé un règlement du 10 juillet 1838 sur les Landraths, et un règlement du 27 fév. 1846 sur la qualification aux hautes fonctions administratives.

s'agit des futurs magistrats : il doit servir à exercer pratiquement le candidat, et le règlement de 1883, § 6, interdit d'employer les Référéndaires à des postes qui déchargent simplement les fonctionnaires en titre, sans être d'une utilité effective pour l'instruction des stagiaires.

Le temps du stage est réparti de la façon suivante ;

15 mois dans les divers services de la Régence (en Hanovre dans les Directions financières). Les référendaires passent dans les bureaux, dans les caisses principales et dans les diverses sections de la Régence, puis auprès des tribunaux administratifs.

6 mois auprès d'un Landrath (chef administratif du Cercle rural (*Landkreis*) et correspondant sensiblement à nos Sous-Préfets).

3 mois auprès d'un Conseil municipal urbain (on choisit à cet effet les villes de moyenne importance, de 10 à 20.000 habitants).

Le stage commence auprès de l'administration centrale de la Régence ; il est interrompu au bout de 3 à 9 mois pour accomplir les autres stages. Il est ensuite repris à la Régence pendant le temps qui manque pour parfaire les 15 mois réglementaires.

On attache une très grande importance à ce que les jeunes gens soient familiarisés avec l'administration financière des divers organes où ils passent, et avec le fonctionnement des tribunaux administratifs (1).

(1) Il y a en Prusse 3 sortes de tribunaux administratifs :

1^o Le *tribunal administratif du Cercle*, dont les membres n'ont pas besoin d'avoir le titre d'assesseurs ;

2^o Le *tribunal administratif de la Régence*, composé de 5 membres, dont deux au moins doivent avoir passé le Grand examen, l'un pour la

Pendant son séjour auprès du Conseil de district (*Bezirksausschuss*) dont le rôle auprès du Président de Régence est analogue à celui du Conseil de préfecture auprès du Préfet, le Référendaire doit faire deux travaux à titre d'épreuve, sur des affaires délicates. Toutes ses occupations sont relatées sur un livret individuel pareil à celui des candidats de justice.

β) Lorsque les deux années de stage administratif sont révolues, le candidat peut être admis à passer le Grand examen d'État pour l'administration devant une commission spéciale composée d'un Président nommé par le Roi de Prusse, sur la proposition du Ministère d'État, et de 4 membres nommés sur présentation des Ministres de l'intérieur et des finances. L'examen est écrit et oral, l'écrit comprenant deux travaux tirés du domaine du droit public et administratif, et de l'économie politique et nationale. Six semaines sont accordées pour chacun de ces travaux. L'oral comprend un rapport sur pièces communiquées 3 jours à l'avance et des interrogations qui portent sur tout le droit privé et public, ainsi que sur les sciences politiques. Une fois cet examen subi avec succès les jeunes gens portent le titre d'assesseurs de Régence : cette qualification est exigée d'après la loi, pour occuper les emplois de chef de section ou membre d'une Régence, et pour être attaché aux Présidents supérieurs (*Ober-Präsidenten*), chefs administratifs d'une province (c'est-à-dire de deux ou trois Régences, correspondant à 6 ou 7 départements fran-

justice, l'autre pour l'administration ;

3° Le *tribunal administratif supérieur*, unique pour la Prusse, et qui correspond dans une certaine mesure au Conseil d'Etat français. La moitié des conseillers à ce tribunal doit avoir capacité au service supérieur de la justice, l'autre moitié au service supérieur de l'administration (loi du 2 août 1880).

çais) et aux Présidents de Régence. Elle est encore requise pour une partie des membres des tribunaux administratifs de Régence, et du tribunal administratif supérieur.

En réalité il faut attendre plusieurs années à partir de la nomination comme assesseur, avant d'obtenir une place. Il y a tendance aujourd'hui à exiger ce titre des fonctionnaires moyens. Presque tous les Landraths le possèdent. Une trentaine de personnes ont, dans chaque circonscription de Régence, la capacité au service supérieur de l'administration.

γ) *Renseignements statistiques.* — Des résumés sommaires publiés annuellement par la revue *Monatschrift f. deutsche Beamte*, nous extrayons les renseignements suivants sur les résultats du grand examen d'administration en Prusse.

ANNÉES	Candidats présentés	Candidats reçus	Proportion des échecs
1884	65	50	23 o/o
1886	83	62	25 »
1888	111	82	26 »
1890	127	110	14 »
1891	117	104	11 »
1892	88	78	11 »
1893	107	99	7 »
1894	106	94	11 »
1895	81	74	9 »
1896	88	68	23 »
1897	93	78	16 »

L'irrégularité de ces chiffres ne permet pas d'en tirer des conclusions certaines. Cependant la situation des assesseurs n'est pas très digne d'envie, à cause de la réduction des places disponibles, comme le montre un article de la *Cölnische Zeitung*, paru en 1892 sous le n° 111 : beaucoup de places ont été données à des candidats peu âgés, par suite du rajeunissement des cadres administra-

tifs effectué par les lois récentes. Mais vers 1890 ce rajournissement était terminé, et les candidats ultérieurs devront attendre. Beaucoup des assesseurs reçus en 1886 n'étaient pas encore placés en 1892 : après ces 6 années d'attente, leur seul espoir était d'obtenir une place de conseiller de Régence (*Regierungsrath*) à laquelle est attaché le modique traitement de 4200 marks c'est-à-dire de 5.250 francs. Le journal estimait à 10 ans le délai que devraient attendre les candidats reçus en 1889. Cette situation loin de s'améliorer tend à empirer, chaque année amenant son contingent d'assesseurs avant que les anciens soient placés. Il y avait en effet d'après la *Gazette de Voss* (*Voss. Zeitung*, 1896, n° 489) :

121 assesseurs	en	1882
187	—	1885
304	—	1888
483	—	1891
559	—	1893
584	—	1895
611	—	1896
630	—	1897

Il n'a pas été nommé un seul conseiller de Régence en 1896 ni en 1897, et il restait encore à placer 25 assesseurs nommés en 1888, et 66 assesseurs nommés en 1889. Le plus ancien d'entre eux avait une patente de mai 1888 : il attendait donc depuis 8 ans 1/2.

Cette situation obstruée a fait l'objet d'un récent débat à la Chambre des députés de Prusse (28 mars 1898) et les inconvénients de l'encombrement ont été reconnus par le gouvernement. Il est vrai que les assesseurs reçoivent au bout de deux à trois ans une indemnité de 4.500 francs par an, mais en échange ils sont tenus d'administrer un office de Conseiller de Régence avec la même responsabilité que s'ils en portaient déjà le titre.

b) *Petits États* (1). — α) En Bavière, la capacité au service judiciaire implique également capacité au service administratif (2); il n'y a donc pas de préparation spéciale pour les administrateurs : le stage des *Rechtspraktikanten* comporte, comme on l'a vu, une année dans les services administratifs dépendant du Ministère de l'Intérieur, le plus souvent au siège d'un *Bezirksamt* (circonscription plus forte qu'un de nos arrondissements); une partie de cette année est aussi employée auprès d'un corps municipal, ou, s'il s'agit de Munich, d'une direction de la police. C'est seulement après le deuxième examen que les candidats optent entre la justice et l'administration.

β) En Saxe des dispositions ont été édictées au sujet de la préparation au service administratif, par un règlement du 12 mars 1863 : mais ce règlement n'est plus appliqué. En réalité l'exécutif décide lui-même quels candidats il veut accepter ; on admet en général que la capacité au service judiciaire donne aussi capacité au service administratif. On peut également entrer dans l'administration en passant des examens spéciaux à chaque branche, mais on n'obtient alors que des places moyennes, d'où l'on s'élève aux hautes fonctions administratives.

γ) En Wurtemberg le règlement du 10 février 1837 distinguait la préparation au département de l'Intérieur (Régimentalistes) et celle à l'administration des finances (Caméralistes). On n'exigeait pas en principe d'études uni-

(1) Cf. Kirchenheim, *op. cit.*, p. 842-844 ; G. Meyer, *op. cit.*, p. 444 et 445 en note.

(2) Ord. du 12 juill. 1893. Cf. Schanz, *Die Vorbildung zum höheren Verwaltungsdienst in Bayern*, dans les *Schriften des Vereins für Sozialpolitik*, tome XXXIV, p. 91-113 (Leipzig, 1887), *Annalen des deutschen Reiches*, 1893, p. 910-924, *Juristische Monatschrift zur Vorbereitung auf die 2^e prakt. Prüfung f. den höheren Verwaltungsdienst in Bayern*, 1893.

versitaires, et les examens s'étendaient à tant d'interrogations variées que les connaissances des candidats étaient nécessairement très superficielles. Une réforme fut faite par l'ordonnance du 7 novembre 1885. Désormais la capacité est la même pour le service supérieur administratif et pour celui des finances. Trois ans et demi d'études universitaires sont exigées (c'est-à-dire 7 semestres), suivis du premier examen juridique, puis d'un stage d'un an et demi seulement, après lequel le candidat passe le deuxième examen, comprenant un rapport sur une affaire administrative contentieuse, à l'instar du système prussien.

§) Dans le grand-duché de Bade (1), les règles sont plus sérieuses et plus compliquées. Elles comportent 7 semestres d'études suivis de trois ans de stage pratique, après un premier examen qui s'étend à 55 questions écrites (2). Une année du stage est passée auprès de l'administration, les deux autres sont vouées à la justice. Puis vient le Grand examen. La préparation est donc commune pour le service judiciaire et pour le service administratif.

Il y a également une préparation commune aux deux carrières dans le grand-duché de Hesse (3). Dans les deux

(1) Ordonnance du 10 juillet 1880, décision du 3 août 1880, ordonnance du 11 août 1883, décision du 26 octobre 1883. Cf. pour plus de détails ; Schönberg, *Über die Vorbereitung zum öffentlichen Dienst in Baden*, dans les *Schriften*, op. cit., p. 129-148, spéc. p. 141.

(2) Il est accordé pour chacune de ces questions une heure sous la surveillance d'un fonctionnaire. Les questions se répartissent ainsi : 8 sur le droit romain, 3 sur l'histoire du droit romain, 6 sur le droit civil badois, 5 sur le droit civil allemand, 4 sur le droit public et l'histoire du droit allemand, 2 sur le droit ecclésiastique, 5 sur la procédure civile, 5 sur le droit pénal, 4 sur le droit criminel, 2 sur la philosophie du droit, 4 sur l'économie politique, 4 sur la science policière, enfin 3 sur la science financière.

(3) Ordonnance du 20 avril 1879 : Cf. Gareis, *Staatsrecht des Grossher-*

grands-duchés, les examens paraissent faciles, le second semble même une véritable formalité (1-2).

3. *Service forestier*. — Pour prétendre à une place supérieure de l'administration des forêts, en Prusse, il faut, en vertu du règlement du 1^{er} août 1883, après avoir présenté le certificat de fin d'études d'un lycée ou gymnase, et prouvé une santé satisfaisante à tous les points de vue, faire un stage forestier et passer deux examens. Le stage forestier qui précède les études théoriques forestières,

zogthums Hessen, dans Marquardsen, *op. cit.*, 1^{re} édition, 1888, III, 1, 3, p. 66 et 67 et Kirchenheim, *op. cit.*, p. 843.

(1) Voici, d'après les comptes rendus des *Jahrbücher der D. Gerichtsverfassung*, les résultats des examens communs au service administratif et au service judiciaire en Bade et Hesse.

Années	PREMIER EXAMEN				DEUXIÈME EXAMEN			
	BADE		HESSE		BADE		HESSE	
	Candidats présentés	Proportion des échecs	Candidats présentés	Proportion des échecs	Candidats présentés	Proportion des échecs	Candidats présentés	Proportion des échecs
1880	13	8 o/o	37	8 o/o	18	0 o/o	2	0 o/o
1882	39	10 »	29	10 »	33	3 »	21	5 »
1884	38	13 »	26	19 »	32	6 »	28	0 »
1893	60	8 »	48	27 »	35	0 »	25	4 »
1894	79	19 »	39	15 »	48	0 »	22	0 »
1895	84	21 »	47	13 »	39	0 »	26	0 »
1896	90	20 »	48	19 »	41	0 »	30	0 »

(2) Il n'y a pas, en France, d'unité dans les prescriptions imposées aux candidats à la haute fonction administrative. Ils passent en général par le Conseil d'Etat auquel on accède, non par un examen, mais par un concours très difficile : peu nombreux sont les élus qui ont suivi cette excellente filière. Il y a des concours analogues pour l'admission à la Cour des Comptes, à l'inspection des finances, au commissariat de la marine ; les hauts fonctionnaires des administrations centrales (sauf les ministres) sont au contraire recrutés parmi les moyens fonctionnaires de ces administrations, entrés au service en qualité de commis-rédacteurs, à la suite de concours variés auxquels peuvent se présenter les jeunes gens ayant le diplôme du baccalauréat.

du moins un an, au grand air, dans un district boisé en qualité d'élève forestier (*Forstbefliessener*). Il a pour but d'apprendre au candidat les principes élémentaires de sa profession, et la distinction des diverses essences de bois. Cette année pratique est suivie de trois années d'études théoriques, dont deux dans une école forestière ou dans une Université possédant un enseignement de ce genre : la troisième année est consacrée à étudier les éléments du droit à l'Université. Après ces trois ans, le candidat peut se présenter au 1^{er} examen des forêts. Il doit le faire au plus tard 6 ans après son inscription comme élève, et joindre aux pièces réglementaires un levé de plan d'au moins 100 hectares, un plan détaillé d'installation forestière et un projet de nivellement, le tout fait par lui et sans aucune aide.

Le premier examen forestier s'étend sur les sciences forestières, mathématiques et naturelles, ainsi que sur la législation forestière. L'élève devient alors référendaire des forêts (*Forstreferendar*). Il est adjoint à un garde général des forêts (*Ober-Förster*) et doit faire un second stage pratique d'au moins 2 ans. Pendant ce temps, il remplit tour à tour, d'une façon autonome, les fonctions des divers services, et complète l'apprentissage de la profession.

Puis vient le deuxième examen ou Grand examen des forêts, en partie pratique, mais qui comprend aussi des interrogations théoriques sur toutes les branches qui intéressent les forêts et sur les principes du droit public et constitutionnel, de l'économie politique, financière et forestière. Le référendaire est ensuite nommé assesseur des forêts (*Forstassessor*) et inscrit sur la liste expectative des gardes généraux. Il n'a plus qu'à espérer sa nomination

à une place disponible, ce qui suppose de très longues années d'attente (1).

La préparation au service forestier est basée en Saxe identiquement sur les mêmes principes. Le premier stage des élèves est simplement réduit à six mois, et les études théoriques sont moins longues : au contraire le stage des référendaires est de trois ans au lieu de deux ;

(1) Le système qui vient d'être exposé est assurément excellent, il oblige les candidats à 6 années de préparation, au moins, avant d'être nommés gardes généraux. Aussi le corps des forestiers prussiens est-il de premier ordre : plusieurs raisons y contribuent. Plus que la solide instruction prévue par les règlements, l'empressement des candidats à se jeter sur cette profession a permis à l'Etat de faire un choix sévère parmi eux. La carrière forestière est essentiellement aristocratique : elle exige de la fortune, eu égard à la modicité des traitements que l'on y touche, elle attire les jeunes gens nobles par l'avantage de porter un uniforme et d'avoir un grade sans subir le lourd assujettissement de l'armée. C'est là une considération qui pour les Allemands joue un rôle important, bien plus encore qu'en France, où cependant la carrière forestière est des plus enviée en raison des mêmes avantages. Au contraire on a plus de peine à comprendre la hâte des postulants quand on examine leur avenir. D'après le règlement de 1883, § 5, les parents des élèves devaient s'engager à les entretenir pendant 7 années : cette obligation n'a pas suffi : en raison de la difficulté de placer les assesseurs, on exige depuis 1888 l'engagement des parents pour 12 années ! Il y avait, en 1895, 517 assesseurs des forêts, attendant une nomination au grade de garde général, c'est-à-dire un traitement de 2400 marks (3000 francs) avec maximum de 4500 marks (5600 francs). Or le nombre total des places de garde général est de 680 à 700, et il n'y a en moyenne que 25 à 30 places disponibles par an. C'est donc environ 17 ans qu'il faudra pour placer tous les assesseurs en service en 1895. L'examen d'assesseur se passant généralement à l'âge de 27 ans, ce n'est qu'à 44 ans que l'on peut désormais espérer le grade de garde général. L'avancement, à un âge relativement si élevé, ne peut être considérable. Pour remédier à cette situation, on a limité depuis 1888 le nombre des élèves à recevoir annuellement. Malgré ce palliatif, on admet tous les ans 3 fois plus de candidats qu'il n'y a logiquement possibilité d'en caser.

Cf. Donner, *Die Forstlichen Verhältnisse Preussens*, 3^e édition, Berlin ; *Monatschrift f. deutsche Beamte*, 1894, p. 30 et 162 ; 1892, p. 163 ; 1896, p. 568 ; Rönne, *Pr. Staatsr.*, III, p. 432.

la durée de la préparation totale reste la même (1-2).

4. *Services techniques ; ingénieurs et architectes.* — Les carrières d'ingénieur et d'architecte de l'État sont organisées en Prusse par un règlement du 6 juin 1886 : pour tous la préparation repose sur des règles similaires. Le règlement distingue les architectes, les ingénieurs et les ingénieurs-mécaniciens. Des écoles polytechniques ont été instituées à Berlin, Hanovre et Aix-la-Chapelle, où peuvent entrer les jeunes gens qui ont le certificat de maturité d'un gymnase. Ceux qui veulent devenir ingénieurs-mécaniciens doivent avant d'entrer dans ces écoles faire un stage d'un an dans un service mécanique, privé ou public. La durée des études à l'école est de quatre années dont la seconde est séparée de la troisième par un examen préliminaire, purement oral, et différent, selon la branche choisie. Après la quatrième année, l'on passe un premier examen (*erste Hauptprüfung*) qui comprend des travaux écrits, en loge, de trois jours et un oral de deux jours, également spécialisé pour les trois branches de la carrière. Après cet examen les candidats qui portaient jusque-là le titre d'élèves-ingénieurs (*Baubeflies-*

(1) Ord. du 9 mai 1871, modifiée par l'Ord. du 22 janvier 1898 (*Gesetz-u. Verordnungsblatt f. das Kön. Sachsen*, 1898, p. 7, n° 8).

(2) En France l'on passe successivement par deux écoles pour entrer dans le service forestier : 1° l'Institut agronomique de Paris, dont l'accès est ouvert par un concours public, et où les études sont de deux années ; 2° l'École forestière de Nancy où peuvent entrer les élèves diplômés de l'Institut agronomique, lorsque leur numéro de sortie le leur permet. Les études à Nancy sont également de deux ans. En raison du nombre restreint des places annuelles à cette École (12 au maximum), il n'y a jamais encombrement à la sortie, tout le monde étant placé immédiatement. C'est le concours qui se charge d'éliminer préalablement les moins bons.

Si les gardes généraux français sont placés plus vite, par contre ils sont encore moins payés qu'en Prusse, leur traitement est à peine de moitié (1.500 à 2.600 fr.). Il est vrai qu'ils avancent plus rapidement.

sene) sont appelés aspirants-ingénieurs (*Bauführer*) et prêtent serment. Ils sont soumis à un stage pratique de trois ans, sauf les futurs ingénieurs-mécaniciens qui, en raison de leur stage préalable d'un an, voient leur second stage réduit à deux ans. Ce temps est passé pour les aspirants-architectes, dans des services de construction dépendant des autorités provinciales, pour les aspirants-ingénieurs à des travaux des ponts et chaussées, pour les aspirants-mécaniciens dans les chemins de fer.

Puis vient le 2^e grand examen (*Zweite Hauptprüfung*). Il est passé devant une commission des examens techniques, à Berlin ; les candidats ont neuf mois, et au besoin un an pour livrer un projet détaillé d'installation industrielle, de construction de machine, ou autre. Ils font en outre un travail en loge, de trois jours. Enfin l'oral, qui dure deux jours, porte sur les matières spéciales à la carrière choisie. Les candidats admis, qu'il soient architectes, ingénieurs ou mécaniciens, sont nommés ingénieurs de régence (*Regierungsbaumeister*). Ils ne sont pas payés, et doivent attendre une place auprès des administrations provinciales : ils touchent des indemnités quand on leur confie des travaux provisoires (1).

5. *Personnel supérieur des Mines.* — L'accès à la carrière minière est réglé en Prusse par des prescriptions du 21 décembre 1871 et du 12 septembre 1883. La préparation est sensiblement analogue à celle des ingénieurs et architectes. Elle commence par un an de stage pratique dans un service minier, sous la direction d'un Inspecteur des Mines, en qualité d'élève (*Bergbeflössener*). Après une

(1) Ainsi que partout ailleurs, le nombre des candidats aux services techniques augmente de jour en jour comme on peut en juger par le tableau suivant, composé sur les comptes rendus des examens, publiés par

épreuve pratique assez simple, le candidat suit pendant trois ans des cours théoriques dans une Université comportant un tel enseignement, ou dans une des Ecoles des Mines de Klausthal et de Freiberg, ou encore à l'Académie des Mines de Berlin. Puis vient un premier examen, oral

la revue *Monatschrift f. deutsche Beamte*, 1890, p. 378 ; 1891, p. 492 ; 1892, p. 547 ; 1895, p. 539 ; 1896, p. 464 ; 1897, p. 603.

ANNÉES du 1 ^{er} avril au 1 ^{er} avril	EXAMEN PRÉLIMINAIRE			PREMIER EXAMEN			DEUXIÈME EXAMEN		
	Total des candidats	Candi- dats reçus	Propor- tion des échecs	Total des candidats	Candi- dats reçus	Propor- tion des échecs	Total des candid.	Candi- dats reçus	Propor- tion des échecs
1890-91	169	119	30 %	111	91	18 %	89	81	9 %
1891-92	189	135	28 »	118	103	13 »	132	119	10 »
1893-94	354	243	31 »	122	101	17 »	»	»	»
1894-95	406	259	36 »	194	170	12 »	92	82	11 »
1895-96	474	309	35 »	252	205	19 »	89	77	13 »
1896-97	525	348	34 »	286	231	19 »	108	96	11 »

En 5 ans le nombre des candidats reçus à l'examen préliminaire et au 1^{er} examen a plus que doublé ; au 3^e examen il est stationnaire, mais les chiffres des 2 premiers examens permettent de supposer qu'il n'en sera pas longtemps ainsi. La difficulté des épreuves n'est réelle qu'à l'examen préliminaire ; cependant la proportion des échecs augmente dans les 3 examens.

La grande pépinière des ingénieurs-fonctionnaires est en France l'Ecole polytechnique dont l'accès est ouvert, après le baccalauréat, par un concours très difficile. La durée des études y est de deux ans. Ceux qui sortent avec un numéro suffisant pour être placés dans les services civils et qui désirent entrer dans les Ponts et Chaussées doivent encore suivre les cours de l'Ecole des Ponts et Chaussées, dont la durée est de trois ans. Il suffit donc de cinq années pour être ingénieur de l'Etat dans les Ponts et Chaussées, alors qu'il faut en Prusse, sept ans. Dans les autres services d'ingénieurs, les élèves sortant de Polytechnique font un simple stage (sauf dans les Mines).

Les ingénieurs civils sortent en général de l'Ecole centrale des arts et manufactures, dont le concours d'entrée est plus facile, le baccalauréat n'étant pas exigé. La durée des études à l'Ecole est de trois ans ; elles ont un caractère plus pratique qu'à Polytechnique.

Il n'y a pas en France d'examens ou concours publics pour devenir architecte de l'Etat, sauf en ce qui concerne les architectes diocésains. Les communes, arrondissements, départements, ou l'Etat, choisissent leurs architectes à leur guise, le plus souvent par des concours locaux.

et écrit, qui donne droit au titre de Référendaire des Mines (*Bergreferendar*). Cet examen est suivi d'un second stage pratique de 3 ans, dont 6 mois dans un service des mines, forges, ou salines, 2 mois auprès d'un géomètre minier et 9 mois auprès d'une direction de district minier (*Oberbergamt*). Enfin l'on passe l'examen d'assesseur des mines (*Bergassessor*) devant une commission d'examen siégeant à Berlin, et l'on attend une place vacante (1-2).

III. — Critique.

L'on est très exigeant en Allemagne quant à l'instruction professionnelle des hauts fonctionnaires, ainsi qu'on a pu le voir par ce qui précède : s'ensuit-il que le système

(1) Le nombre des élèves, référendaires et assesseurs des mines, s'élève peu à peu, ainsi qu'on peut le voir par le tableau suivant :

Années	Elèves n'ayant pas passé le 2 ^e examen	Référendaires occupés au 2 ^e stage	Assesseurs sans place rétribuée
1889	171	139	38
1890	158	145	49
1891	178	146	54
1892	193	143	65
1893	200	135	96
1894	212	147	102
1895	238	150	103
1896	228	165	129
1897	233	171	144

L'augmentation lente des élèves et référendaires, comparée à l'accroissement rapide des assesseurs (qui ont plus que triplé en 7 ans), montre le peu de débouché offert à ces derniers. Pendant l'année 1895, 8 places seulement sont devenues vacantes par décès, démission ou pensionnement. En 1896, il y en a eu 10, en 1891, 11. On crée, il est vrai, de temps en temps une place nouvelle. Cf. *Monatschrift f. deutsche Beamte*, années 1890-98.

(2) En France les ingénieurs des mines se recrutent parmi les anciens élèves de l'Ecole polytechnique, qui suivent ensuite les cours de l'Ecole des Mines (3 années d'études).

allemand soit parfait, et mérite toutes nos préférences ?

1. De nombreuses critiques lui ont été adressées (1). On a d'abord reproché aux études universitaires, qui sauf en Bavière sont de trois ans, d'être trop courtes, car ces trois ans ne sont pas uniquement consacrés à l'étude. Les étudiants allemands ont en effet le droit de s'inscrire à l'Université pendant leur année de service militaire qu'ils font en qualité de volontaires dans une ville à leur choix. Ils ne manquent pas de profiter d'un droit aussi précieux, bien qu'ils n'aient pas le temps matériel d'assister au moindre cours, ni d'étudier d'une façon quelconque. Dans quelques États, il est vrai, l'année de service militaire ne compte que pour un semestre (2) : il n'en est pas moins vrai que la durée des études est réduite à 2 ans ou tout au plus à 2 ans 1/2. Si encore ce temps correspondait à deux années d'études effectives !

Nous n'avons pas ici l'intention d'exposer en détail la vie universitaire allemande, ni de mettre en lumière trop crue, ses abus, mais il nous faut bien mentionner que la première année qui suit la sortie du collège est presque entièrement perdue pour les jeunes étudiants. Dans la pratique à peu près constante elle est consacrée à l'étude du *Commersbuch* ou livre des chansons : l'abondance bien

(1) Il y a sur ce point toute une littérature spéciale : peu de questions semblent être aussi discutées. Cf. entre autres : Dernburg, *Die Reform der juristischen Studienordnung*, Berlin, 1886 ; Liszt, *Die Reform des jur. Studiums in Preussen*, Berlin, 1886 ; Rümelin, *Zur Reform des juristischen Unterrichtes* (dans les *Jahrbücher für Gesetzgebung*, t. X, p. 4, 1097-1107). Kalischer, *Bemerkungen über die Ausbildung der Gerichtsreferendäre in Preussen nach dem Reg., v. 1 mai 1883*, Berlin, 1889 ; Petri, *Zur Reform der jur. Vorbildung nach Erlass des bürgerlichen Gesetzbuches*, Strasbourg, 1897 ; Nasse, *Die Universitätsstudien der preussischen Verwaltungsbeamten*, dans les *Schriften*, loc. cit., p. 159-184 ; Bernheim, *Das Universitätsstudium und die Erfordernisse der Gegenwart*, Leipzig, 1898.

(2) Tel n'est pas le cas en Prusse.

connue des sociétés d'étudiants qui n'ont que peu de chose de commun avec des associations intellectuelles, et l'usage des duels à la rapière si répandu en Allemagne malgré toutes les défenses, font perdre une deuxième année (1).

Les inconvénients de ces mœurs au simple point de vue de l'instruction, sont reconnus par les professeurs eux-mêmes, mais ils sont impuissants à lutter contre la longue hérédité qui a fait considérer par la bonne société allemande, ces pratiques comme des exercices chevaleresques (*Ritterliche Uebungen*).

Tout compte fait il ne reste qu'un an, ou tout au plus un an et demie pour les études, au moins pour la grande majorité des étudiants. Pendant la troisième année, l'étudiant batailleur se range, il ne fréquente plus ou fréquente moins sa société et se met au travail : ceux qui sont sérieux prolongent leur séjour à l'université pendant un semestre, les autres, c'est-à-dire la plupart, se présentent à l'examen de référendaire. Il s'agit en effet de passer le premier examen sans perte de temps, l'assesseur restant déjà trop longtemps dans l'expectative. La brièveté de ces études a été fréquemment déplorée. Lors de la discussion, dans les Chambres prussiennes, de la loi du 1^{er} mars 1879, sur la préparation au service administratif, le député Windhorst, devant l'assertion qu'il restait aux jeunes gens deux années d'études, service militaire déduit, s'écria : « Non ils n'étudient qu'un an, car ils passent un an à faire ribote ; on fera ce que l'on voudra,

(1) Cf. Blondel, *op. cit.*, p. 28 et 29. Il suffit d'avoir voyagé en Allemagne pour avoir remarqué les figures couturées de l'Elite intellectuelle de ce grand pays : personne ne s'est élevé davantage contre les duels d'étudiants que Schopenhauer : *Aphorismes sur la sagesse dans la vie*, trad. Cantacuzène, p. 101.

l'année de liberté académique qui suit l'étroite réglementation du collège ne leur profite en rien : c'est un fait regrettable. »

2. Le mode des études dans les universités allemandes (1) ne paraît pas non plus favorable au développement de la majorité des étudiants : l'année est divisée en deux semestres, entièrement indépendants, il n'existe pas de plan d'études ; chaque étudiant est maître de composer à son gré la liste de ses cours. Les frais d'inscription n'étant que de 10 marks il paie spécialement pour chaque cours une somme variable et fixée par la questure. On trouve ainsi côte à côte l'étudiant du premier semestre et celui du 6^e ou du 10^e. Les professeurs sont donc en présence du dilemme suivant : ou bien s'en tenir aux notions simples pour être compris de tous, et dans ce cas les plus âgés ne tirent qu'un faible profit de leur enseignement, ou bien entrer dans les détails, et alors sacrifier les plus jeunes (2). Il importe donc que les jeunes gens choisissent judicieusement leurs cours, mais faute d'expérience, ils sont exposés à se tromper souvent. En réalité, nous préférons le système français où l'on n'entre en deuxième année qu'après avoir suivi les cours de la première. Les examens intermédiaires sont inconnus en Allemagne. On a parlé souvent de les introduire, mais toujours on s'est heurté à l'opposition systématique du monde universitaire qui tient à « la liberté académique » (3). Cette liberté a ses bons

(1) Cf. Bosse, *Zur Frage der Vorbildung zum Verwaltungsdienst in Preussen*, dans les *Schriften*, *op. cit.*, p. 149-157.

(2) On trouvera des renseignements plus complets et fort intéressants sur les études universitaires et l'organisation des universités dans l'ouvrage déjà cité de Blondel, *L'enseignement du droit dans les Universités allemandes*, spécialement p. 23 et suiv.

(3) Cf. Dernburg, *op. cit.*, p. 13 à 15. Les examens intermédiaires sem-

côtés incontestablement ; pour les étudiants sérieux et qui s'entourent de conseils éclairés, elle paraît excellente, propre à développer leur initiative individuelle et à leur permettre d'approfondir les matières qui leur conviennent le mieux. Pour les médiocres, au contraire, qui constituent malheureusement partout la grande majorité, la liberté absolue ne favorise que la paresse et le culte de la bière.

Un autre reproche que l'on peut adresser aux études juridiques en Allemagne, c'est d'attacher trop d'importance au droit romain, et pas assez aux sciences politiques ; ceux qui se destinent à la carrière judiciaire ne sont pas tenus d'avoir suivi des cours d'économie politique ou financière. L'obligation existe au contraire pour ceux qui veulent plus tard passer dans l'administration, mais comme il suffit que ces cours figurent sur leur livret universitaire, beaucoup se contentent de payer la taxe des cours sans y assister. Ils savent que ces matières sont sans importance à l'examen de Référendaire, où l'on insiste surtout sur l'explication d'un texte de droit romain, et ils comptent sur le temps pour les étudier avant l'examen d'assesseur (1).

3. On a critiqué ensuite le principe même des examens.

blent cependant donner d'excellents résultats en Autriche, où ils sont placés entre le 4^e et le 5^e semestre, et divisent en deux les études universitaires qui sont de quatre ans. Cf. Lemayer, *Die Ausbildung zum höheren Verwaltungsdienst in Oesterreich*, dans les *Schriften*, op. cit., p. 23-54 et Lyon-Caen, *Les facultés de droit et l'enseignement des sciences politiques en Autriche*.

En France les examens intermédiaires sont trop nombreux. On est tombé dans l'excès inverse. On pourrait réduire sans inconvénient les trois examens de la licence en droit, à deux. En obligeant trop souvent les jeunes gens à se préoccuper d'un examen et non pas de leur instruction générale, on arrête le développement de leur individualité.

(1) Cf. Blondel, op. cit., p. 47.

Jacob Grimm a dit « qu'une des plaies de notre époque est l'accumulation des examens par lesquels l'État croit se garantir contre l'invasion de l'ignorance, et se livre à l'invasion de la médiocrité ». On a encore défini spirituellement la préparation aux examens : un calcul de probabilités basé sur la psychologie des examinateurs. Sans doute, il y a beaucoup de vrai dans ces deux boutades, mais à tout prendre, on n'a pas encore trouvé de meilleur moyen pour faire un tri parmi les candidats. S'en reposer au libre choix du gouvernement ne conviendrait plus à personne. D'un autre côté, s'il est vrai que des notes satisfaisantes à un examen ne prouvent pas absolument une capacité réelle, il n'en est pas moins vrai qu'elles supposent un emploi profitable des années d'étude. En Allemagne, ces examens ont été fort attaqués. On reproche au premier d'être trop étendu : par suite de l'absence d'examen intermédiaire ou universitaire, les épreuves portent sur toutes les branches du droit et l'on ne peut naturellement poser que des questions sans profondeur ; il faudrait sans cela allonger démesurément la durée des interrogations. On a aussi attaqué les travaux écrits, faits librement et sans surveillance efficace, dans un délai prolongé. Il est certain que les vérifications sont, pour ainsi dire, impossibles : le candidat est tenu de prêter serment, qu'il est le seul auteur du travail remis et d'indiquer les ouvrages dont il s'est servi, mais, outre qu'il est facile d'oublier sur la liste des sources, un livre important, on ne peut empêcher les candidats de demander certains conseils pour leur travail, et il est encore plus délicat de dire où finit le conseil, où commence l'assistance effective. Le second examen juridique ou administratif ayant un caractère plus pratique, ne paraît susceptible que

d'approbation. Il est bien compris et donne d'excellents résultats.

4. Il faut en dire autant du stage institué partout entre les deux examens. C'est là en quelque sorte la base même de la préparation au service public : sans vouloir entrer dans le détail et examiner s'il conviendrait de prolonger, raccourcir ou supprimer certains des stages partiels (il y a là-dessus de nombreux écrits) (1), le plan d'ensemble nous paraît excellent, surtout dans les États où l'on impose aux candidats de justice un stage administratif, ce qui n'est pas le cas en Prusse. Par contre le système prussien qui divise pour les futurs administrateurs le stage en deux moitiés, dont l'une auprès de la justice et l'autre auprès de l'administration, est infiniment supérieur aux systèmes bavarois, badois et hessois où la préparation est commune aux deux carrières et par suite trop exclusivement juridique.

Cette diversité des systèmes est peut-être avec le défaut d'assiduité des étudiants, ce qu'il y a de plus défavorable dans tout le système de préparation au service public en Allemagne. Il en résulte de graves abus dans certains cas. C'est ainsi que les États où les examens juridiques sont difficiles refusent d'admettre au stage les jeunes gens qui ont passé ailleurs le premier examen, même s'ils ont la nationalité locale ; bien plus, cela se présente entre États où les examens sont de même difficulté. Le Ministre de la justice de Prusse a cité à la Chambre des députés de Prusse le cas d'un jeune allemand, non prussien, qui ayant passé le premier examen en Prusse, voulut entrer au service de l'État dont il était

(1) Cf. Stieglitz, *Der juristische Vorbereitungsdienst*, Berlin, 1886.

ressortissant, et qui se vit interdire le stage. Une demande en vue de repasser l'examen lui fut également retournée sous prétexte qu'on ne peut subir deux fois la même épreuve (1). En Prusse l'on se contente en général de la répétition du premier examen, ce qui est encore suffisamment inique.

Nous ne pouvons critiquer en détail les prescriptions concernant les hauts fonctionnaires des forêts, des mines et des travaux publics, faute de compétence. Il suffit de dire qu'en général les principes appliqués sont les mêmes, que les écoles techniques jouissent d'une bonne réputation et que le personnel qui en sort passe pour être en tous points excellent.

5. Ce qu'il faut critiquer pour finir c'est le principe de l'examen, opposé à celui du concours : tous les deux sont de même nature, le concours étant un examen dans lequel on ne reçoit que les meilleurs. A notre époque où les places sont si rares et les candidats si nombreux, il est préférable de ne pas laisser entrer un individu dans une carrière sans lui en assurer le débouché (2). Il est plus facile de changer ses plans d'existence à 22 ans qu'à 27 ou 28. D'ailleurs le concours n'en existe pas moins en Allemagne pour être tacite, mais il n'a lieu qu'après l'examen d'assesseur. Combien de candidats, ne pouvant rester plus longtemps sans moyens d'existence sont obligés, après 10 ans d'attente, de se rabattre sur une place moins avantageuse ou moins brillante. C'est ce que montrent les

(1) Cf. un article de v. Cuny dans la *Juristen Zeitung* du 15 avril 1898 (p. 169) intitulé : *Einheitliche reichsgesetzliche Regelung des juristischen Prüfungswesens*.

(2) C'est le principe adopté en France pour toutes les carrières ; la magistrature y fait cependant une exception regrettable.

quelques chiffres suivants : de 1881 à 1890, 1926 référendaires de justice ont quitté le service judiciaire, parmi lesquels 987 seulement pour entrer dans l'administration. Il faut déduire des 939 autres 181 décès. Les 758 derniers, c'est-à-dire 39,4 0/0, n'ont pas persévéré dans leur carrière, et se sont dirigés ailleurs (1).

Tel qu'il est, ce système de préparation à la fonction publique donne en Allemagne de très bons résultats. Il serait difficile de trouver en Europe un haut personnel plus apte et plus exercé à ses fonctions. Si les études universitaires sont en général très faibles, les jeunes gens remplacent plus tard par un stage bien compris ce qui leur manque à la sortie de l'Université. C'est grâce à une pratique prolongée, avant leur nomination à un poste important, qu'on voit rarement en Allemagne les hauts fonctionnaires faire leur apprentissage aux dépens des administrés, comme nous n'en avons que trop d'exemples en France pour certains préfets ou sous-préfets, dont l'instruction et les capacités sont très variables, tandis qu'ils n'ont souvent aucune expérience à leur entrée en fonction.

(1) *Justiz-Ministerialblatt f. Preussen*, année 1892, p. 35-38.

CHAPITRE VI

NOMINATION, SERMENT, CAUTIONNEMENT DES FONCTIONNAIRES.

§ 1. — Nomination des fonctionnaires (1).

I. — *Droit de nomination.*

Le droit de nommer les fonctionnaires appartient dans tous les États au chef du pouvoir exécutif. Il en est ainsi en Allemagne dans chacun des membres de l'Union allemande ainsi que dans l'État fédéral : et ce droit de nomination a surtout une étendue considérable en ce qui concerne l'Empereur d'Allemagne qui réunit en personne la triple qualité d'Empereur allemand, de Roi de Prusse et de chef de la Puissance publique d'Alsace-Lorraine, et qui, par suite, nomme tous les fonctionnaires d'Empire de Prusse et d'Alsace-Lorraine. Les princes allemands ne nomment aux emplois que dans les limites de leurs administrations. Ce principe de nomination réservée est absolu, mais en fait, il subit de fréquentes exceptions, toutes les fois que le chef d'un gouvernement fait délégation de son droit à une administration, ou au représentant responsable de cette administration.

Il est à remarquer d'ailleurs que c'est le droit de nomi-

(1) Cf. Laband, *op. cit.*, I, p. 399-407 ; Rönne, *Preussisches Staatsrecht*, III, p. 406 et suiv. ; Stengel, *Preussisches Staatsr.* dans le *Recueil de Martens*, II, 3, p. 140 et suiv.

nation seul qui appartient si rigoureusement aux princes, et non pas le choix illimité des fonctionnaires, lequel est restreint par deux conditions : d'abord les qualifications légales aux emplois publics ; la loi oblige le prince lui-même, il ne peut donc nommer des personnes légalement incapables d'occuper une fonction ; son choix ne peut en outre porter sur des personnes inaptes au point de vue du service qu'elles sont destinées à remplir. Toutes les fois que les conditions de capacité professionnelle à un emploi sont réglées par une loi, cette conséquence découle de la loi elle-même : elle était d'ailleurs expressément inscrite dans le Droit commun prussien de 1794 qui s'exprimait ainsi : « Aucune personne ne peut être nommée à un emploi si elle n'a pas les qualités requises pour cet emploi, et si elle ne fait pas la preuve de sa capacité » (1).

Une autre restriction au choix des fonctionnaires est apportée par le budget, mais en ce qui concerne les fonctions salariées seulement : toute dépense doit être approuvée par les Assemblées qui ont la distribution et la surveillance des fonds publics ; il faut donc en fait leur consentement pour payer un traitement (2).

1. *Empire.* — L'article 18 de la Constitution impériale, reconnaît à l'Empereur le droit exclusif de nomination aux emplois publics, mais des dispositions légales parti-

(1) *Allg. Landrecht*, 2^e partie, tit. X, § 70.

(2) Quelques auteurs prétendent que les assemblées ne peuvent refuser le vote des traitements. Tel est l'avis de Bornhack, *Preussisches Staatsrecht*, Fribourg, 1888, I, p. 460. Cependant le droit de voter les dépenses leur appartient sans restriction et par suite aussi celui de refuser les fonds nécessaires au paiement d'un traitement. Le système des dépenses consolidées n'existe pas en Allemagne. Le conflit, s'il avait lieu, serait insoluble par les voies juridiques, et le gouvernement passerait outre, comme on l'a vu en Prusse à propos du refus du budget, de 1861 à 1864.

culières lui adjoignent dans certains cas un auxiliaire quant à leur choix : le *Bundesrat* ou Conseil fédéral.

Les pouvoirs de ce conseil sont variables :

Il est appelé à donner un *simple avis* quant aux choix des Consuls (1) et des fonctionnaires impériaux des douanes et impôts (2).

Il a un droit plus étendu de *proposition* quant à la nomination des conseillers et magistrats du ministère public au Tribunal de l'Empire (3), des Conseillers à l'Office fédéral pour l'Indigénat (4), des Membres du Directoire de la Banque d'Empire (5), et enfin des membres permanents de l'Office impérial des assurances, et de l'Office impérial des brevets (6).

Il a enfin le *droit absolu de choisir ou d'élire* dans son sein, mais sans pouvoir les nommer lui-même, les Conseillers à la Cour des comptes de l'Empire (7) ; les Fonctionnaires-Juges des Chambres et de la Cour de discipline (8), les Membres de l'administration du fonds des Invalides (9).

(1) § 56 de la Constitution : leur nomination est faite par l'Empereur, la section du Bundesrat pour le commerce et les relations commerciales entendue.

(2) § 36 de la Constitution : les douanes et impôts de l'Empire continuent à être levés par les administrations des Etats, mais pour veiller à l'application uniforme des tarifs et des lois impériales, l'Empereur nomme des fonctionnaires qui sont adjoints aux autorités locales : ces nominations sont faites, la section du Bundesrat pour les affaires douanières et fiscales entendue.

(3) § 127 et 150 de la loi sur l'organisation judiciaire.

(4) § 42 de la loi du 6 juin 1870.

(5) § 27 de la loi de Banque du 14 mars 1875.

(6) § 87 de la loi sur les assurances contre les accidents du 6 juin 1884 et § 13 de la loi sur les brevets du 25 mai 1877.

(7) § 2 de la loi du 4 juillet 1868 sur le Contrôle du budget fédéral.

(8) § 39 de la R. B. G.

(9) § 11 de la loi du 23 mars 1873 créant le fonds des invalides.

et certains Membres du Curatorium de la Banque d'Empire (1).

Dans le premier cas l'Empereur n'est pas lié par l'avis du Bundesrat ; dans le second, il peut refuser ses propositions et en réclamer de nouvelles ; il n'est donc pas lié non plus. Au contraire dans le troisième la nomination peut être considérée comme l'exécution d'une décision du Bundesrat (2).

L'Empereur a le droit de nommer sans aucun conseil tous les autres fonctionnaires ; mais la tâche étant aussi compliquée qu'inutile il s'est simplement réservé les nominations les plus importantes, et a délégué son droit quant aux autres, au Chancelier de l'Empire.

Reçoivent une patente impériale, c'est-à-dire un acte de nomination signé par l'Empereur, les fonctionnaires dont la liste se trouve au paragraphe 2 de l'ordonnance du 23 novembre 1874. Cette ordonnance classe tous les fonctionnaires de l'Empire en plusieurs catégories d'autorités : d'abord les Autorités centrales (*Oberste Reichsbehörden*) qui comprennent tous les Offices impériaux et les trois ministères de la guerre de Prusse, de Saxe et de Wurtemberg ; puis les Autorités supérieures (*höhere Reichsbehörden*) comprenant principalement le haut personnel diplomatique et consulaire, un certain nombre d'officiers généraux de terre et de mer, et les Directions supérieures des postes.

(1) § 25 de la loi sur la Banque : le Directoire de la Banque est chargé de l'administrer ; le Curatorium exerce sur le Directoire le droit de contrôle de l'Empire allemand.

(2) Cette distinction des pouvoirs du Bundesrat est celle de Meyer (*op. cit.*, I, p. 443) ; Laband (*op. cit.*, I, p. 230) ne distingue que deux cas : celui où le Bundesrat doit être simplement entendu, et celui où il possède un droit de proposition.

Les fonctionnaires qui constituent les autorités centrales et supérieures reçoivent seuls une patente impériale. Les fonctionnaires de toutes les autres autorités qui ont rang inférieur, c'est-à-dire des Autorités moyennes (*Vorgesetzte Dienstbehörden*) et des Autorités subalternes (*Unmittelbar vorgesetzte Behörden, bzw. Beamte*) sont nommés par le Chancelier de l'Empire, en vertu de la délégation générale du pouvoir de nomination, qui lui est faite par l'Empereur, au paragraphe 3 de l'ordonnance précitée, avec faculté de le déléguer à son tour.

De nombreuses lois spéciales contiennent pareille délégation au profit de quelques hauts fonctionnaires. C'est ainsi que la nomination du personnel des bureaux dans l'administration du fonds des Invalides appartient à son Président (1) ; il en est de même à la Cour des comptes (2) (qui est en même temps Chambre supérieure des comptes de Prusse). En ce qui touche les inspecteurs des examens de la marine, la nomination est faite par le Chancelier, le Bundesrat entendu (3).

Enfin les fonctionnaires du Reichstag sont nommés sans aucun contrôle par le président de cette assemblée qui est leur unique supérieur hiérarchique ; ils ne prêtent pas serment à l'Empereur (4).

2. *Prusse*. — Le droit de nomination aux fonctions publiques est consacré pour le roi de Prusse, par le paragraphe 47 de la Constitution prussienne du 31 janvier 1850. Il nomme directement tous les hauts fonctionnaires des Autorités centrales et les membres des Conseils provin-

(1) R. B. G., § 44, al. 2.

(2) Loi prussienne du 27 mars 1872, § 6, al. 1.

(3) Ord. du 5 juillet 1872, § 24.

(4) R. B. G., § 156.

ciaux, ainsi que les juges ordinaires et les juges de commerce ; il s'est réservé également celles des Conseillers à la Chambre supérieure des comptes de Prusse, et au Tribunal administratif supérieur, ainsi que celles de tous les fonctionnaires ayant un rang égal ou supérieur (1). Pour tous les autres le roi a fait des délégations particulières de son droit. C'est ainsi que les Présidents de Régences nomment aux places subalternes de leurs administrations (2), les autres étant pourvues par le Conseil de Régence. Les directeurs provinciaux des impôts ont des droits analogues relativement à leur personnel. Enfin, la nomination des fonctionnaires judiciaires non directement pourvus par le roi, appartient au Ministre de la justice qui lui-même l'a remise le plus souvent à ses subordonnés. Tel est le cas, par exemple, pour les huissiers, nommés par le Président de la Cour d'appel de leur ressort (3).

Il y a des dispositions spéciales concernant les nominations de certains fonctionnaires judiciaires communs à plusieurs États. La Prusse a signé un certain nombre de conventions pour l'érection de tribunaux de diverses instances étendant leur compétence territoriale au delà des limites de la Prusse. Les nominations de ce genre sont en général faites par présentation et accord réciproques des deux États intéressés. Tel est le cas pour les juges au tribunal de 1^{re} instance de Saarbrücke dans la circonscription duquel a été englobée la Principauté de Birkenfeld qui appartient à l'Oldenbourg ; tel est encore le cas pour trois juges au tribunal de 1^{re} instance d'Erfurth et un juge

(1) Ordonnance du 27 oct. 1810, décisions des 12 nov. 1866 et 17 janv. 1867 ; pour les juges, loi du 24 avril 1878, § 7.

(2) Ord. du 31 déc. 1825.

(3) Ord. sur les huissiers du 23 févr. 1885, § 13.

à celui de Naumbourg, qui s'étendent à des parcelles de la principauté de Schwartzbourg-Sondershausen ; enfin pour deux juges à la Cour d'appel de Naumbourg, dont relève le duché d'Anhalt tout entier, en 2^e instance.

3. *Petits États.* — Partout dans le reste de l'Allemagne le principe de nomination réservée au prince est appliqué d'une façon plus ou moins rigoureuse. En Wurtemberg cependant les nominations ne sont faites par le roi que sur la proposition des chefs responsables du ressort ministériel intéressé : le roi n'est pas lié par les propositions qui lui sont faites, mais il ne peut agir sans elles, sauf lorsqu'il s'agit des ministres (1). Certains fonctionnaires wurtembergeois sont encore nommés par la Chambre haute et sous réserve de la simple approbation du roi. En Mecklembourg on distingue deux sortes de fonctionnaires : ceux qui sont nommés par le Grand-Duc, et ceux qui le sont par les Ordres provinciaux. Le Grand-Duc n'a sur les seconds qu'un simple droit de surveillance et de contrôle ; il n'intervient pas dans leur recrutement.

Les fonctionnaires du Waldeck sont tous nommés par la Prusse, en vertu du contrat du 18 juillet 1867 entre les deux États. Ils devaient prêter serment au roi de Prusse et il y eut discussion pour savoir s'ils devenaient fonctionnaires prussiens : on admit aujourd'hui en vertu de la convention renouvelée du 24 novembre 1877 qu'ils gardent leur qualité de fonctionnaires waldeckois tout en étant nommés par le roi de Prusse auquel ils ne prêtent plus serment.

En Brunswick les fonctionnaires de 1^{re} classe sont nommés par le duc (aujourd'hui par le régent) (2), après audi-

(1) Constitution wurtembergeoise, § 43.

(2) Le trône de Brunswick est vacant depuis 1884 par l'extinction de la

tion du Ministère d'État, sauf en ce qui concerne les Ministres. Au contraire les fonctionnaires de 2^e classe (*Unterofficianten*) sont nommés par un simple rescrit du Ministère d'État.

Dans les trois villes hanséatiques, Hambourg, Lübeck et Brême, où règne la forme républicaine, les nominations sont faites soit par le Sénat seul, soit par le Sénat sur la proposition des administrations intéressées, soit par ces administrations elles-mêmes.

En Alsace-Lorraine, les nominations appartiennent, comme il a été dit, au titulaire de la puissance publique, c'est-à-dire à l'Empereur, qui use directement de son droit en ce qui concerne le Statthalter d'Alsace (1), le secrétaire d'État, le sous-secrétaire d'État et les conseillers du Ministère (2). Il nomme également les hauts fonctionnaires administratifs, parmi lesquels les 3 présidents de district (préfets), ainsi que leurs conseillers de district, les 22 directeurs de cercles (sous-préfets), les directeurs de police, et le maître général des comptes (*Laudrentmeister*) (3). Enfin il nomme encore les juges et membres du Ministère public (4).

Les autres hauts fonctionnaires sont nommés par le Statthalter ; les fonctionnaires moyens et subalternes dépendent soit du secrétaire d'État, soit de l'administration

branche Guelfe qui y régnait. Le duc de Cumberland, appelé à cette succession, n'a pas consenti à renoncer à ses droits sur la couronne du Hanovre annexé par la Prusse en 1866, et s'est vu refuser la délivrance de son héritage. En attendant une solution qui paraît encore fort lointaine. c'est le Prince Albert de Prusse qui est régent du Brunswick.

(1) Loi du 4 juillet 1879, § 1, al. 1.

(2) Loi du 4 juillet 1879, § 6.

(3) Loi sur l'administration d'Alsace-Lorraine, du 30 décembre 1871, § 21.

(4) Loi du 4 novembre 1878, § 1 et 23.

intéressée (1). Les fonctionnaires de l'administration des impôts indirects, douanes et enregistrement, sont nommés par leur directeur général, qui avait reçu délégation à ces fins, du temps où il était directement subordonné, non pas au Statthalter, mais au chancelier de l'Empire allemand (2).

II. — *Formes et effets de la nomination.*

La nomination des fonctionnaires se fait selon des formules invariables, par un acte écrit, émanant de la personne compétente d'après les règles ci-dessus. Elle n'a jamais lieu oralement. Les formes en sont réglées pour l'Empire par la R. B. G., § 4, al. 1, qui dit : « Tout fonctionnaire reçoit, lors de sa nomination, un titre de nomination. » Ce titre, lorsqu'il est signé personnellement par l'Empereur, porte le nom de *Bestallung*.

La nature du lien créé par la nomination entre le fonctionnaire et l'État a été étudiée plus haut. Nous l'avons considéré comme un contrat qui se parfait sans acceptation formelle du fonctionnaire nommé, par le seul fait qu'il ne proteste pas, et qui dès lors entre en application ; il n'est pas besoin d'une remise solennelle, pourvu que l'acte de nomination parvienne à la connaissance de l'intéressé (3).

(1) Lois du 30 décembre 1871, § 21, du 4 juillet 1879, § 6. Ordonnance du 23 juillet 1879, § 13, loi du 30 juillet 1880, ordonnance du 29 juillet 1881, § 2, circulaire ministérielle du 9 mai 1887.

(2) Loi administrative du 30 décembre 1871, § 21, al. 4.

(3) Tel est l'avis de tous les auteurs qui considèrent le service public comme résultant d'un contrat. Cf. Laband, *op. cit.*, I, p. 404 ; Rehm, *op. cit.*, *Annalen*, 1885, p. 142 ; Seydel, *op. cit.*, II, p. 194.

Au contraire, les auteurs qui voient dans le service public un rapport de puissance non contractuel, font commencer les effets de la nomination du jour de la prise de possession de l'office. Dans ce sens : G. Meyer,

Il n'est pas nécessaire non plus que le public soit avisé d'une nomination pour qu'elle soit valable ; cependant, comme le fonctionnaire représente l'État, il est préférable que le public connaisse sa qualification officielle : aussi les nominations reçoivent-elles une publication dans tous les États allemands. Elles sont insérées dans les journaux officiels, tantôt dans les divers Bulletins des lois, tantôt dans les feuilles de service spéciales à chaque ministère. Pour l'Empire, beaucoup de nominations ont été publiées jusqu'en 1872 dans le Bulletin des lois de l'Empire (*Reichsgesetzblatt*). On les publie aujourd'hui dans la Feuille centrale de l'Empire allemand (*Centralblatt des D. Reiches*) ainsi que dans le Moniteur de l'Empire et de la Prusse (*Reichs-u. Staatsanzeiger*). Celles des fonctionnaires des Postes impériales sont en outre notifiées officiellement aux gouvernements locaux (1).

La nomination d'un fonctionnaire est en général faite à vie : telle est la règle pour les fonctionnaires d'Empire, d'après le paragraphe 2 de la R. B. C., mais cela n'exclut en aucune façon la possibilité d'en nommer à temps, ou à l'essai, ou avec réserve de révocabilité (2). C'est en général sous cette réserve que l'on nomme les employés subalternes, chargés de services purement domestiques ou manuels : mais même pour ces fonctionnaires la nomination prend au bout d'un certain temps un caractère plus stable. Dans tous les cas les réserves doivent être inscrites expressément dans l'acte de nomination ; en leur absence le fonctionnaire ne peut être privé de sa place que par voie disciplinaire.

op. cit., p. 447 ; H. Schulze, *D. Staatsr.*, I, p. 320 ; Zorn, *op. cit.*, p. 310 ; Léoni, *op. cit.*, p. 131.

(1) En vertu de la constitution de l'Empire, § 50, al. 4.

(2) § 2 et 32 de R. B. G.

D'après les législations de quelques États (Bavière, Saxe, Bade, Brunswick, Oldenbourg), toutes les nominations sont provisoires pendant un temps plus ou moins long. Elles deviennent définitives, en général, au bout de 3 ans. Ce délai a pour but de s'assurer de la valeur personnelle des fonctionnaires nommés (1). Cependant dans aucun cas cette instabilité ne peut s'appliquer aux juges dont la première condition, pour qu'ils soient équitables, est l'indépendance absolue vis-à-vis du pouvoir qui les a nommés : leur nomination est toujours définitive, en vertu de la loi sur l'organisation judiciaire de l'Empire allemand (§ 6).

Les effets de la nomination, qui se produisent du jour où le contrat est parfait, sont de créer au profit de la personne nommée, la qualité de fonctionnaire : elle est par la suite assujettie à tous les devoirs et jouit de tous les droits des fonctionnaires, sauf les exceptions suivantes, sanctionnées par la législation d'Empire :

1° Le droit au traitement ne part, hors le cas de dispositions contraires expressément indiquées dans la patente, que du jour de la prise de possession de la fonction (2).

2° Le temps de service pour l'acquisition du droit à la pension n'est pas compté à partir de la nomination, mais à partir de la prestation du serment, à moins que le fonctionnaire ne prouve avoir exercé effectivement sa fonction à une date antérieure (3), ce qui est contraire aux prescriptions légales.

(1) Edit bavarois, § 2 et 3 ; loi saxonne sur les fonctionnaires, § 4 ; loi badoise sur les fonctionnaires, § 4 ; Brunswick, *id.*, § 111 ; Oldenbourg, *id.*, art. 7 et 8.

(2) R. B. G., § 4, al. 2.

(3) R. B. G., § 45 et suiv.

§ 2. — Serment des fonctionnaires (1).

I. — *Fondement du serment.*

La qualité de fonctionnaire est acquise définitivement par la nomination, mais celle-ci n'implique pas de plein droit prise de possession d'un office : l'entrée en fonction suppose auparavant la prestation du serment professionnel :

Le serment est un acte religieux par lequel on atteste sa foi en un Dieu vengeur et rémunérateur, comme garantie de sa parole et de son engagement. On peut discuter beaucoup sur la valeur d'une pareille opération quand on lui imprime un caractère juridique, comme c'est le cas ici, car le serment professionnel n'est qu'une obligation morale à remplir ses devoirs, qui vient s'ajouter à l'obligation légale résultant de la confiance de l'État. C'est ce que disait expressément un ordre du cabinet prussien du 11 août 1832 d'après lequel il devait être considéré comme « une impulsion religieuse destinée à augmenter chez le fonctionnaire l'attention à ses devoirs, et à favoriser l'exécution consciencieuse de ses obligations ».

En raison de son caractère religieux incontestable le serment ne saurait être un frein pour les personnes irréligieuses ; il ne peut que blesser leur liberté de conscience sans profit pour l'État. Par rapport aux personnes religieuses, il est inutile ; elles sont engagées envers l'État par la loi, et la religion commande de remplir ses obliga-

(1) Cf. article *Diensteid* de Harseim, dans le *Handwörterbuch des d. Verwaltungsrechts*, de Stengel, I, p. 265 et article *Amtseid* de Dochow, dans le *Rechtslexikon* de Holzendorf.

tions ; si elles n'ont pas le sentiment de leur devoir, ce n'est pas le serment qui les retiendra dans la voie de l'honneur, bien moins encore s'il s'agit d'un serment vague, qu'il est facile de perdre de vue. Enfin, ce serment est dépouillé de toute sanction légale, car le Code pénal allemand, dans la section XXVIII, consacrée aux délits commis par des fonctionnaires, ne considère pas la prestation d'un serment comme circonstance aggravante. Cette section s'applique à tous, qu'ils aient ou non prêté serment (§ 359). La responsabilité pénale des fonctionnaires est donc engagée par leur simple qualité de fonctionnaires et non par leur serment.

II. — *Forme et contenu du serment.*

Malgré sa faible signification, le serment est obligatoire dans tous les États allemands ; il doit précéder la prise en main de l'office, sans pour cela entraîner nullité des actes qui seraient accomplis avant (1).

La nécessité du serment est contenue dans l'article 18 de la Constitution de l'Empire : sa formule a été fixée en ce qui concerne les fonctionnaires immédiats, par l'ordonnance du 29 juin 1871 ; elle est ainsi conçue : « Moi..., je jure, en ma qualité de fonctionnaire de l'Empire allemand, devant Dieu, le Tout puissant, d'être fidèle à S. M. l'Empereur allemand, d'observer la constitution et les lois de

(1) Il n'y a pas de doute en ce qui concerne les fonctionnaires administratifs : l'absence de serment n'annule pas leurs actes ; au contraire, la question est controversée quant aux fonctionnaires judiciaires.

Sont pour la validité de ces actes, en raison de l'absence de loi d'Empire sur ce point : G. Meyer, *op. cit.*, p. 448 ; Zorn, *op. cit.*, I, p. 310 ; Schulze, *Pr. Staatsr.*, I, p. 312. Au contraire, Laband, *op. cit.*, I, p. 406 pense qu'il y a nullité, car il y a violation de la loi toutes les fois qu'un tribunal n'est pas composé régulièrement, et le serment est imposé aux juges.

l'Empire et de remplir de mon mieux et en conscience tous les devoirs qui m'incomberont en raison de ma profession. Que Dieu me soutienne dans cette voie... »

Les fonctionnaires médiats prêtent le serment au souverain local, mais en y ajoutant une formule par laquelle ils promettent à l'Empereur d'obéir à ses injonctions : tel est le cas, par exemple, pour les fonctionnaires subalternes des Postes et Télégraphes (1).

Le serment des consuls est réglé d'une façon un peu différente par la loi du 8 novembre 1867, § 4.

En Alsace-Lorraine, l'Empereur étant le chef de la puissance publique, c'est à lui, et non pas au Statthalter, que les fonctionnaires prêtent serment (2).

La formule du serment en Prusse ressemble beaucoup à la formule impériale (3).

En général, le serment n'est prêté qu'une seule fois, même si le fonctionnaire est plus tard appelé à d'autres fonctions ; c'est la pratique admise pour les fonctionnaires d'Empire et d'Alsace-Lorraine ; elle est expressément reconnue en Saxe, où le fonctionnaire jure de remplir non seulement les devoirs résultant de l'office qu'il administre, « mais encore les obligations résultant de ceux qui pourraient lui être remis plus tard et de toute action effectuée pour le compte de l'État (4) ».

En Hesse, le serment des fonctionnaires est le même que celui des citoyens (5).

(1) Constitution de l'Empire, art. 50, al. 3. Cette disposition a été étendue plus tard aux autres fonctionnaires médiats, par décision du Bundesrat.

(2) Loi du 20 septembre 1871, § 1.

(3) Ordonnance prussienne du 6 mai 1867, § 1.

(4) Loi du 7 mars 1835, § 7 et ordonnance du 20 février 1879, § 2.

(5) Constitution de la Hesse, art. 108.

Dans certains États, les fonctionnaires prêtent, outre le serment professionnel, un serment politique à la Constitution. Tel est le cas en Bavière où la formule est la suivante : « Je jure fidélité au roi, obéissance à la loi, et observation à la Constitution (1) ».

Enfin en Bavière, les fonctionnaires prêtent un 3^e serment : ils jurent de n'appartenir à aucune société secrète, de ne jamais vouloir en faire partie ni rester dans une société autorisée qui viendrait à être dissoute par la police, ou être interdite par les règlements administratifs (2). C'est là un reste curieux de la période de 1815 à 1850, si troublée en Allemagne, par les répressions contre les sociétés secrètes qu'avaient fait surgir les régimes réactionnaires des princes allemands, calqués sur celui de Metternich en Autriche (3-4).

(1) Constitution du 26 mai 1818, titre 10, § 3.

(2) Ordonnance du 15 mars 1850.

(3) Aujourd'hui encore le gouvernement semble vouloir se servir du serment pour empêcher les fonctionnaires de prendre part aux mouvements politiques. C'est ainsi que lors de la discussion en 3^e lecture du budget de 1898, au Reichstag, le Secrétaire d'Etat, v. Podbielki a déclaré « qu'il considérerait toute part directe ou indirecte prise par un fonctionnaire aux agitations de la démocratie socialiste, comme inconciliable avec le serment prêté et qu'il poursuivrait en conséquence tout fonctionnaire qui se serait rendu coupable d'un acte de ce genre ». Inutile de dire que cette déclaration a soulevé les clameurs des socialistes, dont le député Singer s'est fait le porte-parole à cette occasion.

(4) Le serment professionnel subsiste en France, malgré une courte interruption. Il jouait un rôle important autrefois. Sous l'ancienne monarchie c'était lui qui attribuait au fonctionnaire le caractère de son office, et lui déferait la puissance publique.

Il ne semble pas avoir exercé une influence quelconque sur la moralité des fonctionnaires. Bien au contraire ; avant l'introduction de la Paulette les magistrats devaient prêter serment qu'ils n'avaient pas acheté leur charge. Or l'achat était le seul mode d'acquisition des charges de justice. Le juge entraînait donc en fonction sur un faux serment. La Révolution qui avait d'abord conservé le serment, l'abolit par un arrêt du 7 nivôse

§ 3. — Cautionnement des fonctionnaires (1).

I. — Principe sur lequel repose la caution ; son inutilité.

Le dépôt d'une caution est dans certains cas une condition accessoire de la prise en main d'une fonction : on le justifie par la nécessité où se trouve l'État de se garantir contre les malversations ou les maladresses de ceux de ses employés qui ont gestion de deniers publics. Elle a comme telle une longue histoire derrière elle. Introduite d'une manière définitive par Frédéric-Guillaume I^{er} en Prusse (2) elle avait été inscrite dans la codification du droit commun prussien de 1794 (§ 273-276). Elle avait également une base légale dans l'ordonnance wurtembergeoise du 13 mars 1809 (3) et dans l'ordonnance bavaroise

an VIII, pour lui substituer une simple promesse solennelle dont la formule était : « Je promets fidélité à la Constitution ».

Mais le premier empire reprit le serment religieux qui fut maintenu par les régimes suivants, et ne fut aboli, ni par la 2^e ni par la 3^e république : il subsiste donc aujourd'hui. L'obligation au serment n'est pas établie d'une façon générale pour tous les fonctionnaires ; elle a été créée pour chaque classe de fonctionnaires séparément, par des prescriptions spéciales, échelonnées de 1789 à 1858.

Le serment doit être prêté avant l'entrée en fonction sous peine de forfaiture prévue par le Code pénal français et punie d'une amende de 16 à 150 francs (art. 196).

Cf. Jeanvrot, *La question du serment*, Paris, 1882, p. 40 et suiv.

(1) Cf. article *Kautionen*, de Kirchenheim, dans Stengel, *Handwörterbuch des d. Verwaltungsrechts*, et article *Amtskautionen*, de Dochow, dans Holzendorf, *Rechtslexikon* ; Laband, *op. cit.*, I, p. 407-414 ; Seydel, *Baier. Staatsr.*, 2^e édit., II, p. 205-212 ; Rönne, *Pr. Staatsr.*, III, p. 457 et suiv.

(2) Cf. plus haut, p. 33.

(3) Cette ordonnance était même très rigoureuse : elle imposait la caution non seulement à tous les fonctionnaires sans distinguer s'ils avaient ou non disposition de fonds publics, mais encore aux avocats, notaires et médecins.

du 19 février 1819, puis elle fut introduite peu à peu dans tous les États allemands. La nécessité de la caution paraissait dans la seconde moitié de ce siècle tellement évidente qu'après la création de la Confédération de l'Allemagne du Nord, une loi du 2 juin 1869 vint régler les cautions des fonctionnaires fédéraux, tandis que leur condition légale à tous les autres points de vue, ne fut réglée qu'en 1873. Cette loi de 1869 est restée en vigueur après la proclamation de l'Empire, et a servi plus tard de modèle à la loi sur les cautions en Prusse, du 25 mars 1873, et en Alsace-Lorraine, du 15 décembre de la même année ; elle a également été suivie dans ses grands traits par l'ordonnance wurtembergeoise du 1^{er} novembre 1882.

Cependant des doutes se sont élevés dans ces derniers temps sur la valeur morale et pratique de la caution, si bien que cette dernière a été abolie radicalement pour l'Empire et pour la Prusse, par les lois toutes récentes du 20 février et du 7 mars 1898.

Les inconvénients de la caution sont d'abord de coûter également cher au fonctionnaire et à l'État. Lorsque le fonctionnaire possède les moyens de fournir son cautionnement sans recourir à des aides étrangères, il n'en souffre que par l'immobilisation de son capital, il n'y a que demimal, puisqu'il continue à toucher les intérêts de son argent. Est-il au contraire dans une situation modeste ou embarrassée, et c'est le cas le plus fréquent, il lui faut alors emprunter, soit à des proches qui ne consentent pas toujours gratuitement, soit à des sociétés spéciales de cautionnement comme il en existe en Allemagne, soit encore à des sociétés d'assurances sur la vie qui se chargent du même genre d'opérations ; dans ces deux derniers cas les intérêts à payer sont assez élevés. Les motifs de la loi prussienne

portant suppression des cautions n'évaluent pas à moins d'un million de marks par an (c'est-à-dire 1.250.000 fr.) les intérêts que coûte aux fonctionnaires la nécessité de la caution.

Il est vrai que dans certains cas la caution peut être assemblée peu à peu par retenues sur le traitement, au moins pour les fonctionnaires subalternes, mais ces retenues qui s'appliquent à de très petits émoluments n'en sont pas moins sensibles pour ceux qui les subissent.

D'un autre côté la caution coûte encore plus cher à l'État. Les dépenses occasionnées par l'administration et la gestion des fonds déposés, dépasse de beaucoup les détournements et pertes annuelles dont il est victime : c'est ce qui a été mis très nettement en lumière par l'exposé des motifs des deux lois nouvelles. Pour ne citer que les chiffres les plus caractéristiques, il résulte de statistiques faites à ce sujet que, dans l'administration impériale des Postes et Télégraphes, où l'obligation à la caution s'étend à 120.000 fonctionnaires, et où les dépôts de ce chef atteignent au 1^{er} juillet 1897, 48 millions de marks (60 millions de francs), les détournements et pertes à couvrir en moyenne annuellement ne dépassent pas 166.000 marks (207.500 francs) sur lesquels seulement 18.500 marks sont couverts par les cautions : le reste, c'est-à-dire plus du quadruple, doit être récupéré sur les fortunes personnelles des coupables. Au contraire, les traitements des 52 fonctionnaires employés à la gestion des cautions se montent à 155.000 marks par an (193.750 fr.). Il est vrai qu'un certain nombre de ces fonctionnaires ne sont pas exclusivement occupés à ce travail : cependant les motifs du projet de loi d'Empire n'évaluent pas à moins de 120.000 marks (150.000 francs) la somme qui serait effectivement épar-

gnée tous les ans dans les Postes et Télégraphes, par la suppression des cautions, somme qui dépasse encore le sextuple des 18.000 marks couverts actuellement par elles.

Le rapport entre l'utilité et les frais de gestion de la caution est à peu près le même dans les autres administrations impériales (1).

En Prusse également, des calculs analogues ont produit les mêmes résultats. En 1893-1894 la somme totale des déficits à combler par les cautions s'est élevée pour toutes les administrations prussiennes réunies, à 165.000 marks (206.250 francs) qui ne représentent que 4 0/0 des 43.784.000 marks déposés (54.630.000 francs). Et encore une seule soustraction égalait cette année là 88.000 francs.

Le dépôt des cautions dans l'administration des chemins de fer prussiens atteint 19 millions de marks (23.750.000 francs) : les détournements en moyenne ne dépassent pas annuellement 35.600 marks (44.500 francs),

(1) Dans l'administration de l'armée, le montant des cautions, calculé sur la moyenne des 10 dernières années, a été de 6.364.000 marks (7.955.000 fr.). Le déficit moyen à couvrir n'a pas dépassé par an 19.000 m. (23,750 fr.) c'est-à-dire 0,3 0/0 du total des cautionnements : et encore sur cette somme 4.736 marks seulement (5.920 fr.) étaient couverts par les cautions, c'est-à-dire 0,07 0/0 du total des cautionnements.

Dans l'administration des chemins de fer de l'Empire la moyenne des cautions est de 1.250.000 marks par an (1.562.000 fr.), tandis que les soustractions de valeurs sont faibles : 384 marks par an, dont 258 seulement sont couverts : la proportion des déficits couverts au montant des cautions est donc de 0,02 0/0, alors que les frais d'administration pour cette garantie insignifiante sont de 2.800 marks par an (3.500 fr.).

Dans l'administration de la marine, des affaires étrangères, et de l'intérieur, les cautions s'élèvent respectivement à 512.000 marks (640.000 fr.), 138.000 marks (172.000 fr.) et 12.000 marks (15.000 fr.). Les soustractions de valeurs pour ces trois administrations sont pour ainsi dire nulles. Cf. *Drucksachen des Reichstages* (Pièces officielles du Reichstag), 9^e Législature, 5^e session, 1897-98, n° 99.

alors que les frais d'administration sont plus du triple : 107.500 marks (134.375 francs) (1).

Il n'y a donc aucun doute sur l'intérêt pécuniaire de l'État à supprimer les cautions.

On peut, il est vrai, prétendre que la caution exerce une action préventive bienfaisante et que sa suppression amènera une augmentation sérieuse des malversations : Sans doute, la disparition de la caution pourra aboutir dans quelques cas à ce résultat, mais il ne semble pas que ce doive être dans une large proportion.

Les faits pour lesquels répond la caution sont de deux sortes : d'abord les actes préjudiciables des fonctionnaires occasionnés par légèreté ou par faute, mais sans intention coupable de leur part. Pour ces sortes d'actes il est peu probable que la caution provoque une attention plus grande, la vraie garantie en cette matière étant dans le choix convenable des fonctionnaires : de toute façon leur responsabilité reste engagée ; ils sont tenus de payer le dommage occasionné par leur négligence, sur leur fortune ou sur leur traitement : l'État n'a en pareil cas qu'une facilité plus grande de *restitutio in integrum*.

La deuxième sorte de faits pour lesquels répond la caution est le dol, c'est-à-dire la soustraction ou le détournement : ici encore, il faut distinguer s'il s'agit d'un fonctionnaire qui, poussé par le besoin, s'empare d'une somme

(1) Les soustractions de valeurs dans l'administration des chemins de fer prussiens n'ont été pendant l'année 1895-96 que de 31.400 marks (39.250 fr.) dont 8.600 (10.750 fr.) couverts par les cautions, c'est-à-dire à peine 27 0/0. La garantie de ces 8.600 marks, somme misérable, pour un État comme la Prusse, faisait peser des charges sensibles sur 24.335 fonctionnaires dont la moralité est des plus inattaquables.

Cf. *Drucksachen des Abgeordnetenhauses* (Pièces officielles de la Chambre des députés de Prusse), 18^e période législative, 5^e session 1898, n^o 12.

avec intention de la restituer aussitôt que possible, avant que ses chefs n'en aient eu connaissance, ou s'il se conduit en voleur, dans le pur désir de s'approprier définitivement le bien de l'État. Dans le premier cas, ce qui retient le plus souvent le fonctionnaire, c'est plutôt la peur de perdre sa place et de briser entièrement sa carrière, que la certitude de voir son emprunt forcé couvert par la caution, puisqu'il n'a pas vraiment d'intention dolosive.

Dans le dernier cas au contraire, le fonctionnaire infidèle ne pense qu'à faire main basse le plus possible dans la caisse : qu'on lui impose une caution, il prendra d'avantage, ou, s'il ne le peut, la caution sera le plus souvent bien faible, eu égard aux valeurs détournées : de toute façon, l'intérêt de la caution se trouve être très problématique. C'est ce qui a été exposé avec une grande clarté dans les motifs des projets de lois de février et mars 1898, et ces lois ont été votées à peu près sans débat, à une très grande majorité. Ce qui a d'ailleurs facilité cette solution rapide, c'est que les cautions dans l'Empire et en Prusse n'ont pour l'État aucun intérêt accessoire, car elles sont constituées par des rentes sur les fonds publics dont les coupons d'intérêt sont touchés par leurs propriétaires : l'État est, par suite, simplement encombré par la caution, il ne peut pas s'en servir comme argent disponible. L'abolition des cautions serait beaucoup plus difficile à obtenir en France, où le cautionnement, presque toujours fourni en numéraire, est devenu malheureusement un véritable mode d'emprunt forcé, dont le chiffre formidable monte à plus de 300 millions de francs, et dont la gestion coûte au contribuable français des sommes considérables (1).

(1) L'importance des cautionnements en droit français est démontrée par

II. — *Législation sur les cautions.*

La caution subsistant, au moins pour quelque temps encore, dans 24 des États de l'Allemagne, il faut étudier de plus près sa réglementation au point de vue juridique.

1. Tous les fonctionnaires ne sont pas tenus de déposer caution, mais simplement certains d'entre eux : aussi ne peut-on considérer le cautionnement comme une condition préalable pour devenir fonctionnaire. C'est seulement après avoir acquis cette qualité, et lorsque la fonction implique gestion de deniers publics que les personnes nommées y sont soumises. Le refus de déposer caution n'est pas une infraction disciplinaire, mais simplement une incapacité de prendre en main le service conféré, faute de réunir les conditions requises (1), et par suite l'impossibilité d'en toucher le traitement (2).

Les personnes soumises à la caution sont :

leur augmentation rapide. Les sommes déposées en numéraire par caution étaient :

en 1826 de	229.765.000 fr.
— 1836 —	229.951.000 fr.
— 1846 —	235.139.000 fr.
— 1856 —	252.819.000 fr.
— 1866 —	289.348.000 fr.
— 1876 —	300.637.000 fr.
— 1883 —	312.438.000 fr.

L'intérêt légal de cet argent est de 3 0/0 en vertu de la loi du 4 août 1847, art. 7 : ce qui fait pour l'année 1883 : 9.373.140 fr., sans compter les frais de gestion et les inconvénients d'une dette flottante de plus en plus forte. Il y aurait donc grand intérêt à imiter l'exemple donné par l'Empire allemand et par la Prusse.

(1) Le dépôt de la caution doit précéder l'installation du fonctionnaire dans l'office soumis à caution. C'est ce que décidaient la loi fédérale du 2 juin 1869, § 7, al. 1, et les lois prussiennes, du 23 mars 1873, § 7, al. 1. Tel est encore le cas dans la loi saxonne du 7 mars 1835, § 7 et la loi sur les cautions en Alsace-Lorraine, du 15 octobre 1873, § 6, al. 1.

(2) Cf. Laband, *op. cit.*, I, p. 408 et 409.

1° Les fonctionnaires chargés de l'administration d'une caisse ou magasin appartenant à l'État ;

2° Ceux qui reçoivent et administrent des deniers publics ou des valeurs appartenant ou confiées à l'État (1).

C'est par voie d'ordonnance que sont fixées les catégories de fonctionnaires rentrant dans cette définition ; elles peuvent être conçues dans un sens plus ou moins restrictif.

Quelquefois il arrive qu'un même fonctionnaire soit chargé de plusieurs offices sujets à caution ; il n'est pas tenu alors d'en fournir deux : il lui suffit de déposer la plus élevée, ou s'il y a lieu, de compléter la plus basse jusqu'à concurrence de la plus élevée, ce qui se fait en général par retenues sur le traitement. Dans ce cas la somme déposée est partagée selon des règles variables, de façon à ce que chaque partie en soit affectée à la garantie spéciale de l'un des offices. Avant la suppression des cautions d'Empire, lorsque l'une des fonctions à cautionner était impériale, et l'autre locale, une seule caution suffisait également : c'était alors un accord entre les deux gouvernements qui fixait le partage de la caution par rapport aux responsabilités (2).

2. La caution n'est jamais déposée en numéraire ; elle est constituée en rentes sur l'État. Les fonctionnaires d'Empire avaient le choix entre les valeurs de la dette impériale ou celles d'un État allemand quelconque : tel est encore le cas aujourd'hui en Alsace-Lorraine (3). Dans la

(1) Loi d'Empire, du 2 juin 1869, § 2. Loi prussienne de 1873, § 1, al. 1. Loi d'Alsace-Lorraine de 1873, § 1, al. 1. En Bavière, ord. du 19 février 1819, § 1 et 4. En Wurtemberg, ord. du 1^{er} novembre 1882, § 1, al. 1.

(2) Loi d'Empire de 1869, § 8 et 9 ; Loi pruss. du 25 mars 1873, § 8 et 9 ; Ord. pruss. du 10 juillet 1874, § 5 et 6 ; Ord. wurtemb. de 1882, § 7 ; Loi d'Alsace-Lorraine de 1873, § 7, 8.

(3) Loi d'Empire de 1869, § 5 ; en Alsace-Lorraine, loi sur les cautions de 1873, § 4, et loi du 9 avril 1888.

plupart des autres États les valeurs remises doivent appartenir à la dette locale (1), ou quelquefois aussi à la dette impériale.

Ces titres sont comptés au fonctionnaire à leur valeur nominale : les coupons d'intérêt leur sont laissés pour 4 ans (en Bavière, 3 ans) ; ils sont ensuite touchés par l'État directement et payés au fonctionnaire.

La caution est en général fournie par le fonctionnaire lui-même, mais elle peut également l'être par des tiers, pourvu qu'ils accordent à l'État, par écrit, sur les valeurs remises, le droit qu'il aurait si elles appartenaient à la personne cautionnée (2). Enfin la caution peut aussi être fournie peu à peu, après l'entrée en fonction, par retenues mensuelles opérées sur le traitement, mais il faut pour cela une autorisation spéciale qui ne s'applique qu'à des cautions peu élevées.

Le montant des cautions est réglé individuellement par des ordonnances spéciales à chaque classe de fonctionnaires (3).

3. La caution garantit l'État contre toute malversation ou toute maladresse engageant la responsabilité du fonctionnaire, tant en principal qu'en intérêt (4). Lorsqu'un cas de garantie se présente c'est-à-dire lorsque l'obligation du fonctionnaire est reconnue par lui, ou dûment constatée, soit en justice, soit simplement par l'administration,

(1) Bavière, ord. du 16 nov. 1876, § 1 ; Wurtemberg, ord. de 1882, § 4, I et II.

(2) Loi d'Empire de 1869, § 4 ; loi pruss. de 1873, § 4 ; ord. wurtembergeoise de 1882, § 3 ; loi d'Alsace-Lorraine de 1873, § 3.

(3) Ord. impériale du 18 août 1876, § 2, al. I, 13 ; ord. prussienne du 10 juillet 1874, § 1, 2. Il y a, en Bavière, 11 classes de cautions, de 6.000 à 400 M. (Ord. de 1819, § 16-18 et Ord. de 1876, § 2.

(4) Loi impériale de 1869, § 10 ; ord. wurtemb. de 1882, § 2 ; loi badoise du 24 juillet 1888, § 7, al. 2.

l'État n'a pas besoin d'une autorisation pour se rembourser ; il agit directement en vendant les valeurs de la caution jusqu'à concurrence de son dû, sous la simple obligation de les vendre dans l'une des bourses de l'Empire : le fonctionnaire doit, s'il y a lieu, restituer les coupons d'intérêts qui seraient restés en sa possession.

Si l'acte qui engage sa responsabilité n'est pas de nature à lui faire perdre sa place, il est tenu de rembourser personnellement la somme due à l'État, sans qu'il soit fait usage de son cautionnement qui doit rester intact pendant toute la durée de son activité (1).

4. Les valeurs déposées sont administrées dans chaque État par les autorités compétentes selon la loi locale, c'est-à-dire le plus souvent par l'administration même dont le fonctionnaire fait partie : celle-ci n'est tenue que de l'encaissement des coupons de rente, et non pas de la surveillance des lots, s'il s'agit de valeurs participant à des tirages.

La caution est restituée à la sortie de charge, lorsque le fonctionnaire a obtenu approbation complète de ses comptes, par l'administration financière compétente (2). En Alsace-Lorraine, elle est encore gardée pendant 10 ans par l'État, en ce qui concerne les conservateurs d'hypothèques, pour couvrir les particuliers dans les actions qu'ils pourraient intenter contre eux pendant le délai de la prescription (3).

(1) R. B. G., § 142 ; ord. pruss. du 24 janv. 1844, § 12 ; loi hessoise du 21 avril 1880, art. 44.

(2) Loi d'Emp. de 1869, § 13 ; loi pruss. de 1873, § 12 ; ord. bavaroise du 22 oct. 1851, § 7 ; ord. wurt. de 1882, § 8 ; loi d'Alsace-Lorraine de 1873, § 13-14.

(3) Loi d'Alsace-Lorraine de 1873, § 1, al. 2.

La restitution de la caution a lieu contre remise du reçu délivré lors du dépôt (1-2).

(1) Loi d'Emp. de 1869, § 13 ; loi pruss. de 1873, § 12 ; loi d'Alsace-Lorraine de 1873, § 13-14.

(2) Les cautions, en France, ont été instituées d'une manière définitive par Colbert. Elles ont été supprimées à la Révolution par des décrets du 14 pluviôse et du 7 floréal an II, puis rétablies peu après par un décret du 15 germinal an IV. Sont soumis à l'obligation du cautionnement les comptables des deniers, certains comptables de matières et quelques catégories d'agents non comptables, appartenant à des services financiers (douanes et contributions directes). Le cautionnement doit être fourni en numéraire, d'après la loi du 28 avril 1816 (art. 97) : telle est la règle en ce qui concerne les fonctionnaires de l'ordre judiciaire et les comptables de deniers publics ; mais des lois ultérieures ont autorisé pour certains fonctionnaires des cautionnements en immeubles ou en rentes (ord. du 4 juil. 1821 pour les notaires de la Corse ; du 6 juin 1830 pour les receveurs des hospices et établissements de bienfaisance ; décrets du 23 décembre 1847 pour les comptables-matières de la marine ; du 18 décembre 1849 pour les comptables de la guerre ; des 25 et 29 mai 1878 pour les employés de chemins de fer de l'Etat.

La quotité des cautionnements est réglée par des lois spéciales. Elle est quelquefois fixe, quelquefois elle varie entre un maximum et un minimum. Le versement en est exigé en entier avant l'entrée en fonction (loi du 25 avril 1816, art. 66), et même avant la prestation du serment. Les cautionnements étaient d'abord déposés à la caisse d'amortissement ; ils le sont aujourd'hui directement au trésor (ord. du 8 mai 1816).

Le cautionnement sert à garantir l'Etat contre tous les actes nuisibles du fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions : c'est-à-dire de ses faits de charge.

L'argent déposé par le fonctionnaire lui rapporte un intérêt qui était au commencement du siècle de 5 0/0, puis a été abaissé à 4 0/0 par l'ordonnance du 31 octobre 1824 et à 3 0/0 par la loi du 6 août 1844. Les intérêts sont dus par l'Etat du jour du dépôt de cautionnement jusqu'au jour de la restitution. Ils se prescrivent contre le fonctionnaire par 3 ans (loi du 29 janv. 1831, art. 9).

Le remboursement des cautions est réglé de la façon suivante : tout comptable soumis à la juridiction de la Cour des Comptes peut avant l'apurement définitif de ses comptes obtenir le remboursement des 2/3 de sa caution, si la vérification de ses écritures n'a fait ressortir à sa charge aucun débet ; le dernier tiers n'est remboursé qu'après l'arrêt de la Cour des Comptes qui prononce sa libération, mais il peut en attendant être transformé en caution par immeuble ou par rente. Les comptables non justiciables de la Cour des Comptes sont remboursés intégralement après la clôture de leur gestion, en produisant un certificat de quibus, délivré

III. — *Conséquences de la suppression des cautions.*

Le mouvement qui a amené la suppression des cautions dans l'Empire et en Prusse, bien que tout récent, semble devoir se propager rapidement. Déjà en octobre 1897 une réunion de fonctionnaires, tenue à Rottweil en Wurtemberg, réclamait pareille suppression pour les employés de cet État. Un projet de loi portant suppression des cautions en Saxe, a été approuvé par le roi, et est actuellement déposé au Parlement de Dresde (1) : nul doute qu'il n'aboutisse très rapidement ; il est fort probable que les autres États imiteront bientôt cet exemple.

La suppression des cautions dans l'Empire s'applique non seulement aux fonctionnaires immédiats, mais aussi aux fonctionnaires des Postes et aux fonctionnaires militaires des trois ministères de la guerre de Prusse, de Saxe et de Wurtemberg. Il n'a été fait exception qu'en ce qui concerne les fonctionnaires de la Banque d'Empire, qui ne sont pas à proprement parler des fonctionnaires d'Empire (2). La loi prussienne du 7 mars 1898 s'applique à tous les fonctionnaires prussiens, à l'exception des huissiers et conservateurs d'hypothèques, dans les provinces où est encore en vigueur la législation napoléonienne. Les rai-

par le supérieur sous la responsabilité duquel ils ont exercé leur fonction. Cf. sur les cautions en France, Ferrand, *Des avantages accordés et des obligations imposées aux agents et fonctionnaires civils de l'État*, Thèse Paris, 1882, p. 342-362.

(1) Les motifs de ce projet sont copiés sur ceux des projets des lois d'Empire et de Prusse. Cf. *Landtags-Akten für Sachsen. Decrets*, III^e vol., 1898, n^o 37, p. 725.

(2) Loi impériale du 20 févr. 1898, § 3. Ces fonctionnaires ne sont pas payés par l'Empire, mais par la banque elle-même.

D'ailleurs l'administration de la banque s'occupe déjà de la suppression des cautions : ce n'est qu'une affaire de temps.

sons invoquées par les motifs de la loi sont que les cautions de ces fonctionnaires ne garantissent pas l'État, mais des particuliers, et que, par suite, il ne peut porter atteinte sans raison majeure à cette garantie (1).

Le projet de loi saxon ne comporte aucune exception.

Il a fallu prendre des mesures pour la restitution des cautions déposées. Les gouvernements de l'Empire et de la Prusse ont craint, par une restitution immédiate et totale, de jeter brusquement sur le marché financier une trop grande quantité de valeurs allemandes, ce qui serait de nature à les déprécier : aussi les deux lois nouvelles décident-elles que le délai de la restitution est de deux ans (2). Ce délai ne sera utilisé en totalité qu'en cas de nécessité, et si les craintes d'encombrement du marché se réalisent. Les cautions ne seront retenues que pour les sommes dues en garantie par les fonctionnaires, au moment de la restitution.

Il résulte également des débats parlementaires et des déclarations officielles, que les restitutions auront lieu dans l'ordre suivant :

1° Les sommes rassemblées en espèces par des retenues sur les traitements seront remboursées immédiatement, la raison du délai ne s'appliquant pas ici.

2° On dégagera immédiatement de leur inscription, les engagements de créance sur la dette d'Empire ou de Prusse.

3° On restituera les valeurs déposées en commençant par celles qui appartiennent à des tiers.

(1) La caution des huissiers en Prusse, est de 600 m. (750 fr.), c'est une somme insignifiante ; et l'exception dont ils sont l'objet semble sans importance bien que peu justifiée.

(2) Loi impériale du 20 février 1898, § 2 ; loi prussienne du 7 mars 1898, § 3.

4° Parmi les cautions fournies personnellement on rendra d'abord celles des fonctionnaires retraités ou ayant quitté le service.

5° Les petites cautions seront restituées avant les grandes.

Ces dispositions très rationnelles permettront de dégrever d'abord les fonctionnaires des intérêts qu'ils auraient à payer à propos de sommes empruntées pour leur cautionnement, et ensuite, de restituer aux petits fonctionnaires des capitaux dont ils ont, le plus souvent, grand besoin.

CHAPITRE VII

DEVOIRS DES FONCTIONNAIRES ET INTERDICTIONS SPÉCIALES A L'OCCASION DE LEUR FONCTION.

§ 1. — Obligations relatives à l'accomplissement de la fonction (1).

I. — *Devoir d'exercer la fonction.*

1. L'État confie au fonctionnaire un cercle d'attributions qu'il doit remplir en personne ; c'est en lui-même et non pas en un tiers que la puissance publique a placé sa confiance et une parcelle de son autorité : il ne peut donc se faire remplacer que dans les cas strictement prévus et autorisés par les règlements.

Le devoir de remplir la fonction est absolu et illimité : le fonctionnaire doit vouer à l'État toutes ses forces, toute son activité et tout son zèle. C'est ce que dit la R. B. G., § 10 : « Tout fonctionnaire d'Empire a le devoir d'administrer *en conscience*, selon la constitution et les lois, l'office qui lui est confié..... » (2). Il ne doit pas seulement s'abstenir de tout acte qui le placerait sous le coup de la loi pénale, ou même d'une mesure disciplinaire, mais s'acquitter de sa tâche avec désintéressement, en prenant souci en tout temps des intérêts véritables de l'État.

(1) Cf. Laband, I, p. 414-424 ; G. Meyer, *op. cit.*, p. 448-451 ; Rönne, *Pr. Staatsr.*, III, p. 462-481 ; Seydel, *Baier Staatsr.*, II, p. 213-225.

(2) *Id.* Loi wurt. du 26 juin 1876, art. 4, al. 1.

Cette obligation générale impose au fonctionnaire le devoir de résider effectivement au lieu où est fixée sa fonction. De nombreuses dispositions légales, dans divers États allemands, sanctionnent cette nécessité évidente, bien qu'elle ait été méconnue encore au siècle dernier, lorsque la fonction avait le caractère de faveur octroyée par le prince. Le Droit commun prussien s'exprime ainsi : « Aucun fonctionnaire ne peut quitter sans avertir ses supérieurs et sans leur autorisation, le lieu qui lui est assigné pour l'exercice de sa fonction (1). » C'est presque textuellement aussi la rédaction d'un règlement des Postes et Télégraphes de l'Empire (2). L'obligation de résidence est encore expressément reconnue par les lois bavaoises quant aux juges, notaires et huissiers (3). Cependant, il ne faut pas la comprendre d'une façon trop restrictive, et le fait d'habiter dans un faubourg éloigné ou même dans une banlieue, n'y constitue pas une dérogation : la question de savoir où s'arrête la banlieue, est une question de fait, dont la solution appartiendrait le cas échéant aux supérieurs (4).

L'obligation de servir l'État implique aussi la régularité

(1) *Allg. Landrecht*, II, tit. 10, § 92.

(2) *Allg. Dienstanweisung für die Beamten der Post und Telegraphie*, § 162.

(3) Loi bavaoise pour l'exécution de la loi impériale sur l'organisation judiciaire allemande, du 23 février 1879, § 6, 53. Ord. bavaoise sur les huissiers du 6 septembre 1879, § 14. Pour les notaires, loi bavaoise sur le notariat, du 10 novembre 1861, art. 9, al. 1. et dans le Palatinat, loi du 25 ventôse an XI, art. 4, encore en vigueur.

Une autorisation est nécessaire en Wurtemberg pour habiter en dehors de la commune (Décis. du ministère d'Etat, de 1884).

(4) Le fonctionnaire français est également tenu à résidence au lieu de sa fonction, et le Code civil (art. 107) impose même comme domicile légal le lieu de la fonction, lorsqu'elle est à vie.

dans le travail, et le respect des heures réglementaires qui en marquent le commencement et la fin (1).

2. Un fonctionnaire ne peut se soustraire à l'exécution des affaires de sa fonction qu'avec l'autorisation de ses chefs, ou dans des cas strictement limités.

a) Il peut être dispensé à titre exceptionnel d'un travail déterminé, sur sa demande, soit pour des motifs de convenance individuelle, soit parce que l'acte serait de nature à lui causer un tort personnel. La dispense est même de règle en ce qui touche les juges et fonctionnaires chargés de rendre la justice. Tout juge qui serait intéressé d'une façon quelconque à un procès ne pourrait y siéger valablement (2), car un magistrat ne doit avoir d'autre souci que celui de l'équité et du droit. La dispense n'est pas de droit quant aux fonctionnaires de l'ordre administratif, mais il y aurait les mêmes raisons de l'admettre.

b) Il peut également arriver qu'un fonctionnaire interrompe son activité d'une façon totale et pour un certain temps : la raison la plus ordinaire en est le congé.

Les dispositions concernant le congé des fonctionnaires d'Empire sont réglées par une ordonnance impériale, du

(1) La régularité et l'assiduité ont eu pendant longtemps en France une influence sur les émoluments des magistrats : leur traitement était divisé en deux moitiés, dont la première était payée de toute façon, et la seconde réunie à une masse, qui était ensuite répartie suivant les présences. Une loi du 28 mai 1854 a mis fin à cette distribution, et a établi un traitement fixe unique. On a essayé de reprendre ce système par un décret du 14 janvier 1876, relatif aux Facultés et Ecoles supérieures de pharmacie, mais sans succès.

On a institué dans beaucoup d'administrations françaises pour assurer l'assiduité des fonctionnaires, des feuilles de présence qui semblent donner peu de résultat. Cf. Ferrand, *Des avantages et obligations des fonctionnaires de l'Etat*, thèse, Paris, 1882, p. 298 et suiv.

(2) Code de procédure civile allemand, § 41 ; Code de procédure criminelle allemand, § 22. Disposition analogue : Code de procédure civile français, art. 368.

2 novembre 1874 (1). Les demandes, avec leurs motifs justificatifs, sont adressées à l'autorité ou au fonctionnaire immédiatement supérieur : c'est au Chancelier qu'il appartient de décider de la capacité des autorités quant au droit d'accorder les congés et à leur durée. Le congé est toujours révocable : aussi le fonctionnaire qui en jouit, doit-il prendre ses mesures de façon que ses supérieurs puissent en tout temps lui faire parvenir leurs ordres.

La tâche du fonctionnaire absent devant être remplie quand même, l'autorité est dans l'obligation de pourvoir à son remplacement provisoire : elle le fait, soit en répartissant ses affaires entre les autres fonctionnaires chargés du même service, soit en les confiant à un surnuméraire ou agent spécial. La question a surtout une importance considérable en ce qui touche le Chancelier de l'Empire, qui remplit des fonctions vitales, comme par exemple la contresignature des papiers impériaux. Une loi spéciale décide que lorsqu'il est empêché ou absent, un remplaçant général peut lui être nommé par l'Empereur. Délégation des pouvoirs du Chancelier peut être faite également aux hauts fonctionnaires qui lui sont directement subordonnés, mais dans les limites de leurs attributions ordinaires seulement (2).

Le remplacement des fonctionnaires occasionne à l'État des frais dont il se couvre, au moins en partie, par des retenues sur leur traitement d'absence. Ce traitement ne reste payé en entier que si le congé ne dépasse pas un mois $1/2$; il est réduit à moitié pour les 4 mois $1/2$ suivants, et supprimé totalement au delà (3).

(1) Rendue en exécution de la R. B. G., § 14, al. 1.

(2) Loi du 17 mars 1878, § 2.

(3) Ord. imp. du 2 novembre 1874, § 6. Dispositions identiques en Prusse. Décision royale du 15 juin 1863.

En ce qui concerne les fonctionnaires de l'armée et de la marine, tout congé cesse de plein droit au jour de la préparation de guerre, ou de la mobilisation ordonnée (1).

Il y a des dispositions spéciales en ce qui concerne le congé des agents diplomatiques et consulaires : les demandes des ambassadeurs, envoyés extraordinaires, ministres plénipotentiaires et résidents, sont examinées et accordées par l'Empereur sur la proposition du Chancelier lui-même (2). Ils subissent également des retenues sur leur traitement, mais elles ne s'appliquent qu'aux congés dépassant 3 mois : elles sont de moitié à partir du 3^e mois jusqu'à la fin du 6^e ; puis le traitement est retenu en entier, au delà du 6^e mois. On ne compte pas dans le temps de ces congés la durée du voyage, lorsque le fonctionnaire réside dans un pays extra-européen (3). Enfin, il n'y a lieu à aucune retenue, pour aucune catégorie de fonctionnaires lorsque leur lieu de séjour est particulièrement dangereux ou malsain, et exige impérieusement un repos qui a presque le caractère sanitaire. On compte dans cette catégorie les pays de l'Asie centrale, de l'Extrême-Orient, de l'Amérique centrale et de l'Amérique du Sud, les îles de l'Océanie et les colonies africaines (4).

Les fonctionnaires en congé supportent encore des retenues spéciales sur les frais de représentation qu'ils touchent ordinairement : une partie de ces frais est accordée aux agents qui les remplacent (5).

(1) Ord. imp. du 2 novembre 1874, § 7, al. 2.

(2) Ord. imp. du 23 avril 1879, § 2, et Ord. imp. du 17 août 1894.

(3) Ord. imp. du 23 avril 1879, § 7, al. 1 et 2.

(4) Ord. imp. du 23 avril 1879, § 7, al. 3. R. B. G., § 54. Décisions du Bundesrat du 18 novembre 1880 et du 21 janvier 1886.

(5) Ord. imp. du 2 novembre 1874, § 5 et Ord. imp. du 23 avril 1879, § 6 et 9.

Des dispositions spéciales ont réglé les congés des membres de l'Office

Les fonctionnaires ne peuvent dépasser les limites du congé qui leur est accordé. Toute absence irrégulière, soit qu'aucun congé n'ait été demandé, soit qu'un congé ait été outrepassé sans autorisation, appelle comme sanction immédiate, dans tous les États allemands, la perte du droit au traitement pendant la durée entière de l'absence illégale (1). Cette règle découle du principe que le traitement est attaché à l'exercice effectif de la fonction, et n'en peut être séparé que pour des raisons sérieuses : aussi les fonctionnaires sont-ils autorisés à invoquer des excuses lorsqu'ils en ont. C'est à l'autorité administrative de juger si ces excuses sont valables ou non. Cependant, comme le droit au traitement est un droit pécuniaire, défendable en justice (2), le fonctionnaire peut attaquer l'administration en paiement, et le tribunal possède alors le droit de vérifier la valeur de l'excuse invoquée ; mais il y a des limites à cette appréciation : il ne saurait examiner une excuse

fédéral pour l'Indigénat : son président ne peut quitter pour plus de 8 jours le siège de l'office, sans un congé du chancelier. Les autres membres ne peuvent s'absenter plus de 3 jours sans remplir la même condition : ils ne le peuvent en aucun cas sans congé, pour un jour de séance régulière (Règlement pour le service de l'Office fédéral de l'Indigénat, du 6 janv. 1873, § 3).

Les membres des tribunaux disciplinaires ne peuvent manquer une séance sans prévenir leur président (Ordonnance pour le service intérieur des tribunaux disciplinaires, du 18 avril 1880, § 8).

(1) Empire, R. B. G., § 14, al. 3. Prusse, loi du 21 juillet 1852, § 8, pour les fonctionnaires administratifs ; loi du 7 mai 1851, § 7, pour les fonctionnaires judiciaires. Wurt., loi sur les fonctionnaires de 1876, art. 18. Bade, Loi sur les fonctionnaires, § 14 ; ord. du 27 décembre 1889, § 19-26.

(2) Empire, R. B. G., § 149. Prusse, loi du 24 mai 1861, § 1. Il est d'ailleurs à remarquer, qu'en Prusse, le fait de ne pas se soumettre dans ce cas à la décision de l'administration, donne lieu de plein droit à l'ouverture de la procédure disciplinaire qui peut aboutir à la destitution (§ 10 de la loi du 21 juillet 1852 sur les fautes professionnelles des fonctionnaires non judiciaires ; § 9 de la loi du 7 mai 1851 sur les fautes professionnelles des fonctionnaires judiciaires).

basée sur la fonction elle-même, comme si, par exemple, le fonctionnaire se prétendait soumis à des exigences non en rapport avec son instruction professionnelle, car c'est l'administration seule qui est juge de sa compétence sur ce point (1).

La privation du traitement n'est pas la seule peine que puisse entraîner l'absence illégale ; celle-ci peut constituer, si l'administration en décide ainsi, une faute de service qui donne lieu à la procédure disciplinaire. D'après les lois prussiennes, la destitution même est encourue, lorsque l'absence dure plus de 8 semaines : elle l'est déjà après 4 semaines si le fonctionnaire a été formellement invité à reprendre sa place : dans ces deux cas la destitution n'a pas lieu de plein droit, mais seulement à la suite de la procédure disciplinaire régulière (voir au chapitre suivant). Cette procédure peut même être entamée, et s'il y a lieu la destitution prononcée avant la fin du délai de 4 semaines, lorsqu'une telle sévérité est justifiée par des circonstances aggravantes (2).

Des dispositions analogues avaient été introduites dans le projet de loi d'Empire de 1873 : elles ont été rayées comme inutiles, l'administration impériale n'étant liée, pour ouvrir la procédure disciplinaire, à aucune liste légale des fautes en service, et les tribunaux disciplinaires ayant pleine liberté pour prononcer la peine selon leur conscience (3).

Il est à remarquer que si le fonctionnaire intentait une action en paiement de son traitement, et l'administration une procédure disciplinaire, les deux affaires suivraient

(1) Cf. Pieper, *Reichsbeamten-gesetz*, notes 8 et 12 du § 14, p. 71 et 75.

(2) Loi du 21 juillet 1852, § 9-12 et loi du 7 mai 1851, § 8-11.

(3) R. B. G., § 72 et 76.

un cours indépendant. Les tribunaux civils ne sont pas liés par l'appréciation des tribunaux disciplinaires : par suite, l'un des jugements, considérant l'absence comme injustifiée, pourrait prononcer la destitution contre le fonctionnaire et l'autre, d'un avis opposé, condamner l'administration au paiement requis, sans influencer pour cela sur la destitution encourue ; c'est là un conflit possible, bien qu'il ne se soit jamais présenté (1).

c) L'activité d'un fonctionnaire peut être interrompue encore pour raison de maladie : c'est là un cas de force majeure. Le droit d'absence du fonctionnaire existe ici, *eo ipso*, sans autorisation, sous la simple obligation de prouver son incapacité de travail. Dans ce cas le traitement continue à être payé en entier, soit jusqu'au rétablissement complet du fonctionnaire, soit jusqu'à sa mise à la retraite ou jusqu'à la fin du délai de dénonciation s'il a été nommé sous la réserve de la révocabilité (2). La

(1) Les fonctionnaires français ne peuvent obtenir chaque année un congé de plus de 15 jours sans subir une retenue. Toutefois un congé d'un mois sans retenue peut être accordé à ceux qui n'ont joui d'aucun congé pendant 3 années consécutives. Si le congé dépasse 15 jours, sans atteindre 3 mois, il est opéré sur le traitement une retenue qui va de la moitié aux deux tiers. La durée de ce congé, avec la même retenue, peut être portée à 4 mois pour les fonctionnaires résidant en Europe ou en Algérie, et à 6 mois pour les fonctionnaires coloniaux.

En cas de maladie, le traitement peut être payé en entier pendant 3 mois ; il est retenu pour la moitié, pendant les 3 mois suivants, à moins que la maladie ne provienne d'un acte de dévouement, auquel cas il est payé intégralement jusqu'au complet rétablissement.

Le fonctionnaire en situation d'absence illégale, peut être privé de son plein traitement pendant un temps double de la durée de cette absence.

On voit que ces dispositions sont bien moins favorables aux fonctionnaires que celles des lois allemandes qui autorisent des congés plus longs sans retenue et fixent des retenues moins fortes ; qui accordent au fonctionnaire malade son plein traitement pendant la durée entière de sa maladie, et ne punissent les absences illégales que par la perte du traitement pendant la durée de l'absence.

(2) R. B. G., § 14, al. 2.

continuation du traitement est logique, étant donné la nature de ce paiement qui est destiné à l'entretien du fonctionnaire et qui lui est d'autant plus nécessaire qu'une maladie entraîne toujours avec elle des frais supplémentaires. Le traitement ne subit pas davantage de réduction en cas où la convalescence du fonctionnaire exige un congé prolongé, même au delà de 6 mois (1). Mais il faut alors adjoindre à la demande de congé pour raison de santé, les pièces médicales justificatives (2).

Tous les frais occasionnés par le remplacement du fonctionnaire en cas de maladie, sont supportés par la caisse de l'État.

d) Un fonctionnaire, élu député au Reichstag, n'a pas besoin de congé pour prendre possession de son siège 3). C'est à l'État qu'incombent les frais de son remplacement. Cette disposition s'applique indistinctement à tous les fonctionnaires d'Empire ou d'États, élus au Reichstag ; par contre elle ne s'applique pas aux fonctionnaires d'Empire élus à l'un des Parlements locaux. La question de savoir dans quelle mesure les fonctionnaires locaux sont éligibles aux Landtags locaux est résolue par les constitutions locales. Toutes admettent leur éligibilité en principe : il n'est fait exception que pour certaines catégories spéciales de fonctionnaires, ex-

(1) Ordonnance impériale du 2 novembre 1874, § 6 et en Prusse, décision royale du 15 juin 1863.

En Wurtemberg, le fonctionnaire malade est tenu de contribuer aux frais de son remplacement, mais seulement si la maladie dure plus de 6 mois, et au maximum jusqu'à concurrence du tiers de son traitement. Loi sur les fonctionnaires, de 1876, art. 18.

(2) Ordonnance impériale du 2 novembre 1874, § 3, et du 23 avril 1879, § 3.

(3) Constitution de l'Empire, art. 21, al. 1.

ceptions qui varient selon les législations (1). Au contraire, plusieurs États admettent que bien que l'élection du fonctionnaire soit valable, ce dernier ne peut siéger sans autorisation préalable et congé, lorsqu'il doit en résulter pour lui une interruption ou une irrégularité dans l'exercice de sa fonction. En l'absence de dispositions légales, le fonctionnaire est tenu de demander une autorisation et un congé (2).

e) Il existe encore d'autres cas d'absence légale de l'office, pour lesquels un congé n'est pas nécessaire : par exemple, une citation comme témoin ou expert, obligation de siéger comme juré ou échevin, périodes militaires : en un mot toutes les fois que l'absence résulte d'une obligation générale du citoyen, à laquelle il ne peut se soustraire et que par suite l'État ne peut lui reprocher de remplir. Il serait injuste dans ces cas de lui faire subir une diminution de traitement, et c'est la caisse publique qui paie les frais de son remplacement (R. B. G., § 14, al. 1). Le fonctionnaire est simplement tenu de prévenir à temps ses supérieurs, pour qu'il soit pourvu à l'exécution de ses affaires en son absence (3).

II. — *Devoir d'obéissance.*

1. Certains auteurs admettent l'existence d'un devoir spécial de fidélité du fonctionnaire envers l'Etat, dont la

(1) Par exemple en Prusse, pour les Membres de la Chambre supérieure des Comptes (Constitution prussienne, art. 74, complétée par la loi du 27 mars 1872).

De même en Bade, loi du 25 août 1875, art. 4.

(2) Cf. G. Meyer, *op. cit.*, p. 274-275.

(3) Décision du Tribunal administratif supérieur prussien, du 21 janvier 1888 (*Entscheidungen*, t. XVI, p. 398. Cf. Perels u. Spilling, *Reichsbeamten-gesetz*, p. 30, III.

nature serait essentiellement d'ordre éthique (1) ; un pareil devoir ne repose sur aucune base légale, et la seule raison qui pourrait le faire reconnaître, c'est l'obligation de prêter serment, obligation dont les conséquences sont toutes morales, comme nous l'avons vu en montrant quelle faible valeur comporte ce serment, par suite de son manque de sanction. Il nous paraît donc préférable de comprendre le devoir de fidélité parmi les obligations qui découlent du devoir incontestable d'obéissance.

2. L'obéissance est la base même de l'organisation administrative d'un État. La subordination n'est pas moins nécessaire dans les affaires civiles que dans les affaires militaires, et chaque supérieur a le devoir de l'exiger de ses subalternes.

Seul le juge n'est pas hiérarchisé par rapport à ses devoirs ; dans l'exercice de sa fonction il n'est lié qu'à la loi et ne saurait être soumis à aucun ordre concernant sa manière de juger (2). Il n'en peut recevoir qu'au sujet du tableau des affaires, et pour les détails matériels de la justice.

Tous les autres fonctionnaires sont soumis à l'obéissance envers leurs chefs, mais si tout le monde est d'accord sur ce point, il n'en est plus de même quant aux limites de cette obéissance. Elle était sans bornes sous la monarchie

(1) Cf. Laband, I, p. 417 ; sa théorie est partagée par de nombreux auteurs : Gerber, *op. cit.*, p. 117 ; H. Schulze, *Pr. Staatsr.*, § 100, p. 317 ; D. *Staatsr.*, § 130, p. 327 ; Stengel, *Preuss. Staatsr.*, dans Marquardsen, II, 3, p. 145 ; Zorn, *op. cit.*, p. 314 ; Gaupp, *op. cit.*, p. 144.

D'autres auteurs nient ce devoir de fidélité spéciale : Seydel, *Baier. Staatsr.*, II, p. 221 ; G. Meyer, *op. cit.*, p. 448, note 1 ; Rehm, *Annalen*, 1885, *op. cit.*, p. 86.

(2) Loi sur l'organisation judiciaire de l'Empire, § 1. « Le pouvoir judiciaire est exercé par des tribunaux indépendants, soumis uniquement à la loi. »

absolue, car le fonctionnaire, abrité par un ordre de ses supérieurs, était toujours couvert et inattaquable, mais dans les États modernes la question se complique de la responsabilité de l'inférieur. D'une part le fonctionnaire doit obéissance à ses supérieurs, mais de l'autre il doit obéissance à la loi, et est responsable de ses actes comme le spécifie la R. B. G.

§ 10. « Tout fonctionnaire d'Empire a le devoir d'administrer en conscience, *selon la constitution et les lois*, l'office qui lui est confié. »

§ 13. « Tout fonctionnaire d'Empire est *responsable de la légalité* des actes qu'il accomplit dans l'exercice de sa fonction. »

Si l'ordre qui lui est donné est illégal, ou du moins douteux, le fonctionnaire se trouve en présence du dilemme suivant : ou bien l'exécuter et en prendre alors la responsabilité sur lui, ou bien refuser l'obéissance, et s'exposer aux voies disciplinaires pour violation de ses devoirs professionnels.

On a, il est vrai, imaginé une échappatoire commode, qui a été sanctionnée par certaines législations des petits États allemands. Le fonctionnaire pourrait se soustraire à la responsabilité en faisant des remontrances à ses supérieurs, et en les rendant attentifs à l'illégalité qu'ils sont sur le point de lui faire commettre ; puis, en cas où ils persisteraient dans leur volonté, obéir quand même (1). Mais comme le montre Laband (2), le fait que l'ordre a

(1) Cf. Gerber, *op. cit.*, § 36, p. 118 ; Rönne, *op. cit.*, § 258, III, p. 475 ; loi saxonne sur les fonctionnaires, de 1835, § 7 ; constitution wurtembergeoise, § 53, al. 2.

(2) Laband, *op. cit.*, I, p. 419, note 1. Du même avis : Seydel, *op. cit.*, II, p. 223 ; G. Meyer, *op. cit.*, p. 450 ; Freund, *Die Verantwortlichkeit der Beamten für die Gesetzmässigkeit ihrer Amtshandlungen*, dans les *Archiv für*

été donné deux fois ne saurait rendre légal un acte illégal en lui-même, et par suite cette distinction est peut-être une solution au point de vue pratique, mais la question à résoudre reste entière, d'autant plus que l'administration pourrait ajouter à tous ses ordres une clause d'usage, spécifiant que les remontrances resteraient sans résultats.

D'autres législations restreignent le devoir d'obéissance aux ordres émanant d'autorités compétentes pour les donner, et réguliers en la forme. C'est couvrir l'inférieur contre toute responsabilité provenant de son incompétence personnelle, mais ce n'est pas encore une solution (1).

3. La législation d'Empire ne contient aucune disposition de ce genre ; elle ne dispense en aucun cas ni du devoir d'obéissance, ni de la responsabilité des actes illégaux accomplis par ordre. C'est donc à une théorie rationnelle qu'il faut demander la détermination exacte des limites de l'obéissance.

D'abord il est certain que le fonctionnaire ne doit pas obéissance à ses supérieurs, en tant que personne, mais seulement en sa qualité de fonctionnaire et en la leur. S'ils lui donnent un ordre privé, par exemple de faire pour eux des courses privées en dehors de son service, nul doute qu'il ne puisse refuser. La difficulté commence lorsque l'ordre a trait directement au service. Elle se résout en trois questions que le fonctionnaire doit se poser (2).

öffent. Recht, I, p. 124 et suiv. ; v. Calker, *Die Strafrechtliche Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen*, München, 1891, p. 41 et suiv.

(1) En Wurtemberg par exemple : Constitution, § 52 et 53 ; Loi sur les fonctionnaires, du 28 juin 1876, article 4. D'autres lois concernant les petits Etats et portant les mêmes prescriptions, sont indiquées par Meyer, *op. cit.*, p. 450, note 10.

(2) Cf. Laband, *op. cit.*, I, p. 420 et suiv. ; Seydel, *op. cit.*, II, p. 223-225 ;

1° Le supérieur qui ordonne a-t-il qualité pour ordonner ?

2° L'ordre est-il régulier en la forme ?

3° Le subalterne a-t-il lui-même qualité pour obéir ?

Pour ce qui touche à la première question, elle est imposée par cette règle, qu'aucun fonctionnaire ne peut élargir arbitrairement sa propre compétence et donner des ordres concernant des affaires dont il n'est pas chargé (1). Le fonctionnaire qui donne l'ordre en vertu de son droit de commandement doit se demander s'il a vraiment compétence d'ordonner ; celui qui le reçoit a le droit de vérifier cette compétence, mais purement au point de vue formel, et non pas au point de vue matériel (2), c'est-à-dire qu'il n'a pas à vérifier si l'acte comporte en lui-même une illégalité de fait ; par exemple un fonctionnaire de la police, recevant un ordre d'arrestation, n'a pas à se demander si la personne à arrêter est coupable ou non, et si son acte n'aboutira pas à une détention arbitraire, mais simplement si son supérieur a qualité pour signer un mandat d'arrestation.

Après avoir vérifié si l'ordre communiqué émane d'une personne qualifiée, il faut encore se poser la deuxième question : cet ordre est-il en la forme régulière. Le plus souvent l'ordre étant verbal, la vérification se fait d'elle-même : s'il est écrit, au contraire, il doit être signé de la

v. Calker, *op. cit.*, p. 42 et suiv. ; G. Meyer, *op. cit.*, p. 450 ; Freund, *op. cit.*, p. 132 et suiv. ; Perels u. Spilling, *op. cit.*, p. 22, II ; Pieper, *op. cit.*, note 2, au § 10, p. 48-51.

(1) Cf. Ortolan, *Eléments de droit pénal*, I, p. 196 : « L'obéissance n'est due au supérieur, tout le monde en conviendra, que dans la sphère de ses pouvoirs : hors de ces pouvoirs il ne reste qu'un homme privé, sans attribution ni droit de commandement. »

(2) Il y a plusieurs décisions du Reichsgericht dans ce sens. Cf. v. Calker, p. 43.

personne qui l'envoie, et s'il émane d'un prince régnant il doit porter le contre-seing réglementaire.

L'ordre étant ainsi en règle à tous les points de vue, le fonctionnaire n'a plus qu'à se demander s'il a lui-même capacité de l'exécuter. Chacun doit connaître les actes qui rentrent dans sa sphère d'attributions, et il ne se présentera guère de difficulté sur ce point. Un fonctionnaire qualifié pour agir doit avoir compétence à la fois *ratione loci*, c'est-à-dire au point de vue du lieu où l'action doit se passer, et *ratione materiæ*, c'est-à-dire pour l'acte lui-même (1); le supérieur ne pouvant élargir sa propre compétence ne peut pas élargir davantage, de sa seule autorité, celle de son subordonné, à moins qu'il ne s'agisse d'un fonctionnaire auquel appartient justement le droit de fixer la capacité de ses inférieurs, auquel cas l'ordre porte en lui-même élargissement de compétence.

Cette théorie a été résumée par Binding, dans les termes suivants : « Pour qu'un ordre engendre obéissance, il faut qu'il provienne du véritable supérieur hiérarchique, qu'il soit communiqué en la forme légale au véritable subordonné, et concerne une action comprise dans les compétences de celui qui ordonne et de celui qui exécute (2). » Il n'est pas possible de s'exprimer d'une façon plus claire et plus concise.

(1) Décision du Tribunal administratif supérieur de Prusse, du 17 novembre 1871 : Cf. Laband, *op. cit.*, I, p. 421, en note.

(2) Binding, *Handbuch des Strafrechtes*, I, p. 803. Selon G. Meyer, *op. cit.* (p. 450), il faudrait encore que l'ordre ne soit pas en contradiction formelle avec un texte de loi clair : cette distinction paraît dangereuse car un fonctionnaire subalterne est rarement en état d'apprécier la valeur d'un texte de loi, et si on lui reconnaît le droit d'entrer dans de pareils détails, il pourra enrayé à son gré la machine administrative. Lönning, *op. cit.* (p. 122, note 3), va encore plus loin : il reconnaît aux fonctionnaires le droit absolu de vérifier la légalité des ordres qu'ils reçoivent, dans tous les sens.

III. — *Devoir de secret professionnel.*

« Le fonctionnaire est tenu d'observer le silence, même après avoir quitté le service, sur toutes les affaires dont il a eu connaissance en vertu de sa fonction et dont le secret doit être gardé en raison de leur nature ou par suite d'un ordre de son supérieur » (1).

L'obligation de garder le silence peut s'appliquer à toute une catégorie d'actes, ou à des actes déterminés. Elle dure même après que le fonctionnaire a quitté l'activité pour une raison quelconque ; mais dans ce cas elle n'a plus de sanction : on ne peut intenter la procédure disciplinaire que contre un fonctionnaire actif ; il n'y a pas de disposition pénale contre les anciens fonctionnaires qui violent le secret professionnel. Leur responsabilité civile seule pourrait à l'occasion être engagée (2).

Le secret est limité aux affaires dont la divulgation serait préjudiciable à l'État pour des raisons quelconques, et à celles que le fonctionnaire a connues par sa fonction : s'il les avait connues autrement, il ne pourrait être tenu de les garder pour lui (3).

En vue d'assurer l'exacte observation du secret, il est interdit aux fonctionnaires de déposer en justice sur des faits auxquels il s'étend, sans une autorisation de leur supérieur. Cette disposition, établie par les Codes de procédure civile et criminelle, s'applique à tous les fonctionnaires.

(1) R. B. G., § 11. Le secret professionnel est imposé partout de la même façon : Prusse, Ordre de cabinet du 21 novembre 1835 ; Bade, Loi sur les fonct., § 9 ; Wurtemberg, Loi sur les fonct., § 5 ; Bavière, Loi du 18 août 1879, art. 106, al. I.

(2) En Wurtemberg la violation du secret professionnel peut être poursuivie par voie disciplinaire, même contre un fonctionnaire retraité.

(3) Il y a doute cependant sur ce point.

res allemands, sans distinguer s'ils sont d'Empire ou d'État médiats ou immédiats. Le chancelier de l'Empire ne peut être entendu en justice sans l'autorisation de l'Empereur, les ministres sans celle du souverain dont ils dépendent, les membres du sénat des villes libres sans celle du sénat entier (1).

Enfin, toujours pour la même raison, les fonctionnaires publics ne peuvent être entendus comme experts sans l'autorisation de leurs supérieurs, si ces derniers déclarent que l'expertise est de nature à causer du tort au service public (2). Peu importe que l'expertise soit ou non gratuite.

Dans tous ces cas l'autorisation ne doit être refusée que si les choses dévoilées étaient de nature à nuire soit à l'Empire soit à l'un des États allemands.

IV. — *Devoir de conduite honorable.*

« Tout fonctionnaire d'Empire a le devoir... de se montrer digne, par sa conduite en fonction et hors fonction, de la considération qu'exige sa profession (3). »

Le fonctionnaire n'est pas seulement le serviteur, mais aussi le représentant de l'État, il faut donc que ce dernier soit respecté en lui, et comme il est impossible de séparer absolument la personne publique de la personne privée, le devoir s'étend aux deux. D'ailleurs, un fonctionnaire qui se rend au dehors méprisable par une mauvaise con-

(1) R. B. G., § 42, al. 2. Code de procédure civile du 30 janvier 1877, § 341 et Code de procédure criminelle du 1^{er} février 1877, § 53.

(2) Code de procédure civile, § 373, al. 2. Code de procédure criminelle, § 76, al. 2. Bavière, Ordonnance du 25 septembre 1879 ; Bade, Ordonnance du 27 décembre 1889, touchant les devoirs des fonctionnaires.

(3) R. B. G., § 40, Loi wurtemb. du 26 juin 1876, art. 4, al. 1.

duite, des habitudes d'intempérance ou de désordre, sera rarement exact et laborieux dans son travail officiel. De telles mœurs privées constituent une faute véritable en service et peuvent être punies par voie disciplinaire. C'est ce qu'a décidé la Cour de discipline de Leipzig, dans un jugement du 10 juillet 1882 à propos d'un fonctionnaire endetté, du 23 septembre 1878 à propos d'un fonctionnaire coupable d'intempérance, du 5 novembre 1883 contre un autre qui, par des pertes de jeu, s'était rendu insolvable (1).

On admet également qu'un fonctionnaire compromet sa dignité en se mêlant à des agitations électorales. Il conserve en entier ses droits politiques et reste libre de voter à son gré, sans que sa fonction l'oblige à voter pour les candidats du gouvernement, mais il ne doit pas aller plus loin (2). Déjà sa qualité de serviteur de l'État et son devoir d'obéissance lui interdisent de faire échec ouvertement à l'autorité publique. Ce n'est qu'en cas où il serait élu député, qu'il recouvrerait sa liberté tout en restant fonctionnaire, et prendrait part à la vie politique selon sa conviction, même en siégeant sur les bancs de l'opposition. Il ne tomberait sous le coup d'aucune poursuite disciplinaire, pourvu que sa conduite restait digne et ses moyens politiques légaux.

V. — *Devoir d'aménité envers le public.*

Enfin il est une dernière obligation qui incombe au fonc-

(1) Cf. Perels u. Spilling, *op. cit.*, p. 23, V.

(2) Décision de la Cour de discipline du 27 novembre 1882. Cf. Perels u. Spilling, *op. cit.*, p. 23, VI, et Décision du Tribunal administratif supérieur de Prusse, du 29 janvier 1897.

tionnaire, non plus vis-à-vis de l'État, mais vis-à-vis des personnes privées : elle n'est inscrite nulle part dans la loi, mais résulte de la situation intermédiaire des fonctionnaires entre l'État et les particuliers ; c'est l'aménité envers le public.

§ 2. — Interdictions spéciales imposées aux fonctionnaires par leur fonction (1).

A côté des devoirs qui incombent aux fonctionnaires, il est un certain nombre de règles qui viennent limiter leurs droits en vue d'assurer l'exécution parfaite de leurs obligations ou pour éviter de les mettre en conflit avec leur intérêt.

I. — *Interdiction d'accepter des titres, décorations, etc., d'un gouvernement quelconque.*

« Les fonctionnaires nommés par l'Empereur ne peuvent accepter d'autres souverains ou gouvernements, des titres, décorations, cadeaux, traitements ou rémunérations, qu'avec l'autorisation de l'Empereur (2). » Ces dispositions s'appliquent à tous les fonctionnaires immédiats, mais non aux fonctionnaires médiats, qui restent libres dans les limites contenues plus loin (II). En contre, cette défense s'étend même aux titres, décorations, etc., accordés par des princes ou gouvernements dépendant de l'Empire : le

(1) Laband, *op. cit.*, I, p. 424-426 ; Seydel, *op. cit.*, II, p. 223-229 ; Stengel, dans Marquardsen, II, 3, p. 147-148.

(2) R. B. G., § 13, al. 1. Dispositions analogues en Wurtemberg, Loi sur les fonctionnaires, art. 9. Bade, Loi sur les fonctionnaires, § 13. Alsace-Lorraine, Loi du 18 juin 1890, § 4.

législateur fédéral n'a pas voulu qu'un gouvernement local puisse intéresser le fonctionnaire à un antagonisme quelconque entre lui et l'Empire.

II. — *Interdiction d'accepter des cadeaux pour faits de charge.*

« Tout fonctionnaire d'Empire a besoin d'une autorisation de l'autorité centrale (*oberste Reichsbehörde*) pour accepter un cadeau ou une récompense en raison de sa fonction (1). » Cette interdiction qui a la même portée que la précédente, s'applique à tous les fonctionnaires d'Empire, même médiats : par suite, un fonctionnaire subalterne des Postes serait tenu de quérir cette autorisation pour accepter une récompense de ce genre de son propre souverain local. L'interdiction s'étend également aux cadeaux faits par des particuliers. Enfin la loi wurtembergeoise interdit spécialement les cadeaux d'inférieur à supérieur (2).

III. — *Restrictions concernant les emplois accessoires.*

Les fonctionnaires d'Empire ne doivent exercer ni fonction publique secondaire, ni emploi accessoire lié à une rémunération continue, ni industrie quelconque sans l'autorisation de l'administration centrale dont ils dépendent (3). Le fonctionnaire doit se vouer à sa fonction ; or les occupations extérieures ont en général pour conséquence

(1) R. B. G., § 15, al. 2 ; *Idem*, Saxe, Loi du 3 juin 1876, § 5 ; Wurtemberg, Loi sur les fonctionnaires, art. 9 ; Bade, Loi sur les fonctionnaires, § 13.

(2) Wurtemberg, Loi sur les fonctionnaires, art. 9 ; il n'y a exception que si les deux fonctionnaires sont parents, ou s'il s'agit d'une production littéraire, dont la valeur commerciale ne dépasse pas 2 fr. 50.

(3) R. B. G., § 16, al. 1.

de l'en détourner, ou tout au moins de le troubler dans l'accomplissement de sa tâche. L'autorisation doit être demandée dans tous les cas quand il s'agit de l'exercice d'une industrie (et l'on considère comme tel, le simple fait de participer à un orchestre payé, ou de donner des leçons particulières) (1), ou bien quand il s'agit d'une fonction publique secondaire, même gratuite, par exemple une fonction d'honneur communale ou municipale. Au contraire elle n'est nécessaire en cas d'emplois accessoires, que s'ils sont liés à une rémunération continue d'une nature quelconque (2) (par exemple un fonctionnaire qui se chargerait à ses moments perdus de la tenue des livres d'un commerçant, contre rémunération en nature).

L'autorisation est également nécessaire pour entrer dans le conseil de fondation, d'administration ou de surveillance d'une société commerciale, à but acquisitif : elle est toujours refusée si l'accès dans un pareil conseil comporte une rémunération. L'autorisation est inutile si la société poursuit un but purement scientifique, intellectuel, sportif ou de bienfaisance.

Dans tous les cas où une autorisation est nécessaire elle reste pleinement révocable au moindre abus.

(1) En contre, l'exploitation agricole par le fonctionnaire, d'une terre qu'il possède, ne serait pas astreinte à l'autorisation. Prusse : ancienne loi industrielle du 17 janv. 1845, § 19 ; c'est aussi ce que décide aujourd'hui la loi industrielle de l'Empire, du 21 juin 1869, § 12, al. 2.

(2) Le Président de l'administration impériale du fonds des invalides et le Président ainsi que les membres de la Cour des Comptes de l'Empire allemand, ne peuvent jamais être autorisés à accepter ni un office ni un emploi accessoire avec traitement, permanent ou non. Loi impériale du 23 mai 1873, § 11 ; loi pruss. sur la Chambre supérieure des Comptes, du 27 mars 1872, § 4.

Les consuls de carrière ne peuvent faire d'affaires commerciales (Loi du 8 nov. 1867, § 8, al. 5).

Des interdictions du même genre sont inscrites dans les lois de la plupart des États allemands (1).

IV. — *Autorisations de mariage.*

Selon certaines législations, le fonctionnaire ne peut se marier sans l'autorisation de l'administration. Il va sans dire qu'en raison de son influence exceptionnelle sur l'état des personnes, une pareille autorisation ne peut être refusée sans raisons graves (2). En Bade le fonctionnaire est simplement tenu d'aviser l'administration (3).

Dans la plupart des États, l'autorisation de mariage a complètement disparu. Elle était tombée en désuétude en Prusse depuis de longues années, et a perdu toute signification par suite de la loi du 20 mai 1882, § 1. Il n'y a aucune disposition relative au mariage dans la loi sur les fonctionnaires d'Empire de 1873 : par suite leur mariage est libre. L'autorisation est cependant encore nécessaire par rapport aux fonctionnaires civils de l'armée qui sont des fonctionnaires médiats, et dont la situation au point

(1) Prusse : ordre de cabinet du 13 juillet 1839 ; loi industrielle du 17 janv. 1845, § 19 ; loi du 10 juin 1874, § 1. Bavière : édit de 1818, § 21, al. I et III ; ord. du 10 mars 1868, Recès du Landtag du 28 avril 1872, § 51. Saxe : loi du 23 juin 1876, § 2 et 3. Wurtemberg : loi sur les fonct., art. 8. Bade : loi sur les fonct., § 12. Hesse : édit, art. 7 et lois des 4 janv. 1875 et 31 mai 1879, art. 1. Pour les plus petits États, cf. Meyer, *op. cit.*, p. 451, note 1.

Quelquefois même les interdictions s'étendent aussi aux femmes et aux enfants mineurs des fonctionnaires : Prusse : édits des 28 oct. et 2 nov. 1810, § 19. De même en Bade : loi sur les fonct., § 12 ; ord. du 27 déc. 1889, § 11-13.

(2) Bavière, Ordonnance du 28 août 1868. L'autorisation ne concerne que les fonctionnaires nommés définitivement ; pour les autres il suffit d'une simple annonce à l'autorité. En Wurtemberg, Loi sur les fonctionnaires de 1876, art. 7, et loi du 6 février 1875, § 38.

(3) Loi sur les fonctionnaires, § 11.

de vue du mariage est assimilée à celle des officiers et sous-officiers (1).

D'ailleurs l'absence d'autorisation n'aurait pas pour résultat de rendre le mariage nul, mais simplement d'exposer le fonctionnaire à une peine disciplinaire.

V. — *Interdictions et restrictions spéciales.*

Il existe encore des interdictions spéciales à certaines catégories de fonctionnaires et très variées. C'est ainsi, pour n'en citer que quelques-unes, que le fonctionnaire au service d'un réseau de chemins de fer allemand quelconque, ne peut être nommé Commissaire impérial des chemins de fer (2), que les fonctionnaires de la Banque d'Empire ne peuvent posséder aucune part bénéficiaire de cette Banque (3) ; il est de même interdit aux fonctionnaires hessois de passer des contrats financiers avec l'administration hessoise (4). En Prusse les membres de l'administration provinciale des domaines ne peuvent, sans autorisation, acquérir de domaines dans la province où ils sont employés, ni les fonctionnaires forestiers des droits forestiers tels que pacages ou plantations, ou des concessions de mines dans leur section. Enfin il est interdit aux fonctionnaires chargés d'une vente judiciaire, d'acquérir les objets qu'ils ont mission de vendre ou de faire vendre (5-6).

(1) Loi militaire de l'Empire, du 2 mai 1874, § 40.

(2) Loi impériale du 27 juin 1873, § 2, al. 3.

(3) Loi impériale sur la Banque du 14 mars 1875, § 28, al. 3.

(4) Hesse, Loi du 4 mai 1879, art. 7.

(5) Cf. Rönne, *op. cit.*, III, p. 471-472. Des dispositions analogues existent en Bavière au sujet de l'acquisition des domaines par les fonctionnaires de la justice et des finances. Constitution bavaroise, complém. IX, § 21, al. II. Cf. Seydel, *op. cit.*, II, p. 106-107.

(6) Des restrictions analogues existent aussi dans la législation fran-

CHAPITRE VIII

ACTION DE L'ÉTAT SUR LE FONCTIONNAIRE.

VOIES DISCIPLINAIRES.

De toutes les questions qui touchent au service public, la plus importante est certainement celle qui concerne la puissance de l'État sur le fonctionnaire. Jusqu'à quel degré une indépendance suffisante doit-elle être accordée à ce dernier, dans l'exécution de ses devoirs, sans pour cela désarmer l'État contre lui, tel est le point délicat à résoudre.

Si l'État pose sur ses fonctionnaires une main trop lourde, il leur ôte toute initiative, les pousse à fuir les responsabilités et les réduit au rôle de machines inintelligentes, en les asservissant ; si au contraire il est dans l'impossibilité de les contraindre à l'obéissance et à l'observation de leurs devoirs, il les rend plus puissants que lui-même et la conséquence en est la désorganisation, dans un délai plus ou moins éloigné, de tous les services publics.

gaise : les employés des domaines ne peuvent régir directement les biens domaniaux ; ils doivent les affermer (lois des 23-28 oct. 1790 et 19 août 1791). Les avoués en cas d'adjudication sur saisie immobilière ne peuvent enchérir pour les membres du tribunal devant lequel se poursuit la vente, ni pour le saisi, ni pour eux-mêmes (C. de proc. civ., art. 711). Les juges, leurs suppléants, les magistrats remplissant le ministère public, les greffiers, huissiers, avoués et notaires ne peuvent devenir cessionnaires des procès, droits et actions litigieux qui sont de la compétence du tribunal dans le ressort duquel ils exercent leur ministère (art. 1597, C. civ.).

Les consuls, magistrats, instituteurs ne peuvent faire commerce.

Il en résulte pour le législateur deux objectifs contradictoires : d'une part, obtenir dans les fonctions publiques la stabilité qui seule peut assurer une indépendance suffisante au fonctionnaire et, d'autre part, maintenir l'autorité légitime autant qu'indispensable de l'État sur son personnel, autorité qui n'existerait pas si ce dernier jouissait d'une indépendance absolue.

Le grand principe qui domine en Allemagne toute cette question, c'est l'inamovibilité des fonctionnaires de tous ordres. Dans tous les cas la loi part de l'idée qu'il est dangereux d'accorder à l'État trop de puissance sur eux ; aussi des règles très minutieuses et qui seront étudiées en détail, assurent-elles le fonctionnaire contre la destitution et la mise à la retraite d'office. Elles limitent aussi le droit de l'État quant à la mise en disponibilité provisoire qui prive un fonctionnaire temporairement de l'exercice de son emploi, et même le simple déplacement d'un poste dans un autre, car tous ces moyens ou la seule menace de les employer peuvent à des degrés différents pousser le fonctionnaire à une dépendance ou à une obéissance exagérée, et lui faire perdre le sentiment de sa responsabilité, en mettant aux mains du gouvernement un instrument trop aveugle s'il venait à prendre des tendances tyranniques.

Mais comme d'autre part la loi ne méconnaît pas l'autorité de l'État, qui ne saurait être entravé dans sa tâche administrative par les abus de fonctionnaires trop garantis, elle ne lui refuse pas le droit de se débarrasser d'eux dans les cas nécessaires, et lui laisse aussi des moyens d'action puissants pour les contraindre à l'obéissance.

L'autorité de l'État sur les fonctionnaires se manifeste de deux manières différentes :

1° Il possède un pouvoir discrétionnaire quant à la composition intérieure de ses organes et l'emploi de son personnel, en vertu duquel il le déplace à son gré et le met en disponibilité selon les besoins : ce sont des actes administratifs.

2° Sa puissance se révèle tout différemment lorsqu'un fonctionnaire viole ses devoirs : il se charge alors de le rappeler à l'ordre et de le punir en vertu d'un pouvoir de nature analogue au pouvoir pénal, qui est le pouvoir disciplinaire.

Cette double autorité, administrative et disciplinaire, varie elle-même en étendue selon qu'il s'agit de fonctionnaires administratifs, ou de fonctionnaires judiciaires : le principe de l'indépendance de la magistrature exige qu'il lui soit accordé des garanties plus considérables qu'aux fonctionnaires administratifs, car elle ne reconnaît pour supérieur que la loi elle-même, et jouit partout dans l'intérêt de la justice, d'une situation privilégiée ; aussi faut-il distinguer soigneusement au cours de ce chapitre, les pouvoirs de l'État sur les fonctionnaires administratifs, et ceux dont il dispose à l'égard des fonctionnaires judiciaires.

Dans les deux cas, c'est par un emploi judicieux et modéré des moyens administratifs et des moyens disciplinaires, que l'État garde la haute main sur ses fonctionnaires, leur assurant l'initiative et la liberté de bien faire, tout en les maintenant par la responsabilité, ce corrélatif nécessaire de l'initiative, qui exige la punition des volontés coupables, en vue de les ramener dans le droit chemin.

§ 1. — Pouvoirs administratifs de l'État
sur le fonctionnaire (1).

I. — *Déplacement par la voie administrative.*

1. *Fonctionnaires administratifs.* — Le déplacement d'un fonctionnaire administratif, d'un poste dans un autre, peut être lié à une intention pénale, et constituer une mesure disciplinaire qui sera étudiée plus loin. Lorsqu'il est occasionné par des raisons purement administratives, il est, pour celui qui en est l'objet, de peu d'importance en général, tandis qu'il représente quelquefois pour l'État une nécessité urgente : aussi la loi donne-t-elle à l'administration un pouvoir discrétionnaire sur ce point. Aux termes du paragraphe 23, alinéa 1 de la R. B. G. : « Tout fonctionnaire doit se soumettre, quand les besoins du service l'exigent, au déplacement dans un autre poste, de rang et traitement budgétaires égaux, moyennant la bonification des frais de déplacement réglementaires. » Cette disposition existe unanimement dans toutes les lois sur les fonctionnaires des États allemands (2).

Le droit de l'administration est illimité ; elle n'a pas besoin d'en justifier l'emploi d'une façon quelconque et le gouvernement impérial l'applique aussi bien aux fonctionnaires médiats qu'aux fonctionnaires immédiats. Mais

(1) Cf. Laband, *op. cit.*, I, p. 470-474 ; Seydel, *Baier. Staatsr.*, II, p. 199-203 et 220-221 ; Gaupp, *op. cit.*, p. 154, 155, 159, 160, Harseim, article *Wartegeld*, dans le *Dictionnaire administratif* de Stengel.

(2) Prusse, Loi du 21 juillet 1852, § 87, n° 1, al. 1 ; Bavière, Edit du 26 mai 1818, § 20 ; Saxe, Loi du 7 mars 1835, § 9 ; Wurtemberg, Loi du 28 juin 1876, art. 19 ; Bade, Loi du 24 juillet 1888, § 15 ; Hesse, Edit du 12 avril 1820, art. 16.

comme le déplacement administratif n'implique aucune défiance envers le fonctionnaire, il ne doit en résulter pour lui qu'un minimum d'inconvénients : aussi la loi limite-t-elle le droit de l'État par quelques conditions ; il est tenu d'offrir au fonctionnaire un poste au moins équivalent, tant au point de vue du traitement que du rang auquel il donne droit. Le fonctionnaire ne serait pas contraint d'accepter un office mieux payé, mais moins respecté. La loi en spécifiant l'égalité des traitements, ne s'occupe que du traitement pur et simple, dégagé de tout accessoire, et l'on ne considérerait pas comme une réduction la suppression dans le nouveau poste, de certaines sommes, telles que surpayes spéciales au lieu du séjour, indemnités pour frais occasionnés par le service, ou perte d'un emploi accessoire payé. Mais cette réduction même ne serait pas admise si ces accessoires avaient été assurés au fonctionnaire par son acte de nomination (1).

L'État est encore tenu de dédommager le fonctionnaire des frais inséparables d'un déplacement quelconque (2). Enfin il ne doit lui assigner que des postes en rapport avec son instruction professionnelle et d'une nature aussi analogue que possible avec celui qu'il occupait auparavant.

2. *Fonctionnaires judiciaires.* — Si peu grave que soit un déplacement dans les conditions ci-dessus, on admet qu'il pourrait encore influencer, dans quelques cas bien rares, l'esprit d'équité des fonctionnaires de l'ordre judiciaire, si le gouvernement voulait en faire usage comme mesure vexatoire ; aussi la loi décide-t-elle en principe

(1) Wurtemberg, Loi de 1876, art. 17.

(2) R. B. G., § 23, al. 2. Prusse, Loi de 1852, § 87, n° 1, al. 2 ; Bavière, Edit, § 20 ; Wurt., Loi de 1876, art. 19.

qu'un magistrat ne peut être déplacé sans sa volonté (sauf par voie disciplinaire). Tel est le cas pour les fonctionnaires judiciaires de l'Empire allemand, c'est-à-dire les conseillers au Tribunal de l'Empire, à l'Office fédéral pour l'Indigénat et à la Cour des Comptes de l'Empire allemand, et les juges militaires (1).

La même règle s'applique sauf quelques exceptions aux juges ordinaires qui sont des fonctionnaires locaux. Ils ne peuvent être déplacés par voie administrative que dans des hypothèses très rares, lorsque la chose est indispensable. Tel est le cas, d'après la loi sur l'organisation judiciaire de l'Empire, s'il est opéré un remaniement dans l'organisation ou dans les circonscriptions judiciaires (2). Plusieurs législations, la loi prussienne entre autres, admettent encore le déplacement par voie administrative lorsqu'il se fonde, entre juges d'un même tribunal, un lien de parenté par alliance, jusqu'au troisième degré. C'est alors le juge par lequel ce lien a été créé qui doit se soumettre au déplacement (3). Il peut également être ordonné lorsque l'intérêt de la justice l'exige impérieusement (4), par exemple si l'équité d'un magistrat pouvait être mise en doute au lieu de sa charge pour des raisons personnelles, comme la possession de propriétés étendues ou de grands intérêts pécuniaires dans sa circonscription judiciaire.

Pour bien assurer la régularité du déplacement, l'ordre n'en peut être donné qu'à la suite d'une courte procédure

(1) R. B. G., § 158. Loi sur l'organisation judiciaire, § 8, al. 1 ; loi du 6 juin 1870 sur l'Office fédéral pour l'Indigénat, § 43. Loi prussienne du 27 mars 1872 sur la Chambre supérieure des comptes de Prusse, § 5.

(2) Loi sur l'organisation judiciaire, § 8, al. 3 et loi d'introduction de la même loi, du 27 janvier 1877, § 21.

(3) Loi prussienne du 7 mai 1851, § 52.

(4) Loi prussienne du 7 mai 1851, § 51.

qui varie selon les législations. En Prusse elle consiste en une demande motivée, faite par le ministère public près le Grand Sénat disciplinaire de Berlin (voir plus loin) et jugée par lui en assemblée plénière. Des explications écrites sont demandées au juge intéressé qui a un délai de 4 semaines pour les rédiger et les transmettre (1).

Dans tous les cas le déplacement ne peut avoir lieu que dans un poste de même rang et de même traitement. Les frais de déplacement sont dus au magistrat, sauf le cas de déplacement pour cause de parenté (2).

Quelques autres fonctionnaires non judiciaires échappent à la faculté de déplacement ; ce sont les notaires qui ne peuvent le subir que par voie disciplinaire (3), et les conservateurs d'hypothèques qui ne sont déplacés qu'en cas de modification des circonscriptions hypothécaires (4).

Les huissiers ne sont pas des fonctionnaires judiciaires et peuvent être déplacés à volonté (5). Il en est de même des fonctionnaires magistrats du ministère public.

II. — *Mise en disponibilité provisoire.*

1. *Fonctionnaires administratifs.* — a) Le déplace-

(1) Loi prussienne de 1851, § 54, 55. En Bavière le déplacement est ordonné par une décision plénière de la Cour d'appel dans le ressort de laquelle siège le magistrat : c'est le tribunal suprême de la Bavière (*oberster Landesgerichtshof*) en assemblée plénière qui est compétent, s'il s'agit d'un Président de Cour d'appel ou d'un conseiller au tribunal suprême (loi bav. du 26 mars 1881, art. 66-70). Le premier Président et les Présidents de Chambres du Tribunal suprême ne peuvent en aucun cas être déplacés (loi de 1881, art. 71, n° 2), ni les juges de commerce (loi de 1881, art. 79, al. III).

(2) Loi prussienne de 1851, § 53.

(3) Bavière, loi du 18 août 1879, art. 120.

(4) Bavière, ordonnance du 16 mai 1880, § 2, al. IV.

(5) Prusse, loi du 9 avril 1879, § 17 et 18 ; loi sur les huissiers, du 23 février 1885, § 29. Bavière, loi sur les huissiers, du 6 septembre 1879, § 4, al. II.

ment d'un fonctionnaire pour raison administrative n'interrompt son activité que passagèrement, et n'influe en aucune manière, ni sur ses droits, ni sur ses devoirs. Au contraire la mise en disponibilité suspend pour un temps l'exercice de sa charge, et aboutit à une réduction de son traitement. Elle est une mesure beaucoup plus grave et beaucoup plus attentatoire à ses intérêts professionnels, mais dont l'administration ne peut se passer dans beaucoup de cas. Il est des législations d'après lesquelles le gouvernement peut appliquer cette mise en disponibilité sans plus de limites que s'il s'agissait du simple déplacement par la voie administrative. Tel est le cas en Bavière et dans quelques États minuscules comme Saxe-Altenbourg et Reuss (ligne aînée) (1). L'activité professionnelle n'est pas très fortement assurée sous ce rapport en Saxe royale, où la mise en disponibilité est assujettie à des cas énumérés, conçus en termes vagues, d'après lesquels « l'intérêt du service » suffit (2).

Les législations de l'Empire, de la Prusse, du Wurtemberg et de Bade sont plus rigoureuses. D'après la R. B. G. la mise en disponibilité ne peut résulter que de la suppression du poste administré par le fonctionnaire, en raison d'une modification dans l'organisation administrative (3). Il est fait exception cependant pour un certain nombre de fonctionnaires dont l'activité est considérée

(1) Bavière, Edit, art. 19. Saxe-Altenbourg, loi sur les fonctionnaires, du 26 février 1886, § 30. Reuss (ligne aînée), loi sur les fonctionnaires, du 2 avril 1860, § 25.

(2) Royaume de Saxe, loi de 1835, § 19-c. Dispositions analogues en Saxe-Weimar, Saxe-Cobourg-Gotha, Oldenbourg et quelques autres États encore moins importants.

(3) R. B. G., § 24. C'est également la règle admise en Prusse (Ord. des 14 juin et 24 oct. 1848). De même en Wurtemberg et en Bade.

comme politique, et « chez lesquels il est nécessaire de trouver un accord permanent de vues avec le gouvernement (1) ». Ce sont :

Le Chancelier de l'Empire.

Le président de l'office de la Chancellerie impériale, le secrétaire d'État à l'office de la Marine et le secrétaire d'État à l'office des Affaires étrangères.

Les directeurs et chefs de section de l'office de la Chancellerie, des divers offices impériaux et ministères, les conseillers rapporteurs et suppléants à l'office des Affaires étrangères.

Les intendants militaires et de la marine.

Les agents diplomatiques et les consuls (2).

Des exceptions analogues existent en Prusse pour :

Les sous-secrétaires d'État ;

Directeurs de Ministères ;

Présidents supérieurs de provinces ;

Présidents et vice-présidents de régences.

Chefs de police ;

Landrath (chefs administratifs du *Landkreis*, circonscription équivalant à un arrondissement français).

Envoyés et agents diplomatiques (3).

(1) Motifs de la R. B. G., p. 25.

(2) R. B. G., § 25. Cette énumération a été depuis étendue au président de l'Office impérial des chemins de fer (loi du 27 juin 1873, § 2, al. 2), au Statthalter d'Alsace-Lorraine (§ 1 de la loi du 4 juill. 1879), aux Gouverneurs, Chanceliers et Chefs de circonscriptions des possessions coloniales (loi du 31 mai 1887, § 2).

(3) Loi du 21 juill. 1852, § 87, al. 2. Étendu par la loi du 26 avril 1886, § 1, à la Commission d'Etablissement pour les provinces de Prusse occidentale et de Posnanie (cette commission a pour but d'établir des allemands, par colonisation agricole, dans la Pologne prussienne, en vue de germaniser le pays plus rapidement. Son but est donc nettement politique, bien qu'officiellement elle soit simplement destinée à racheter des domaines mal administrés et à les distribuer à des colons sérieux).

Il existe dans la plupart des autres législations des exceptions du même genre.

b) Les fonctionnaires en disponibilité restent astreints à tous les devoirs des fonctionnaires, sauf celui d'exercer effectivement leur fonction : ce devoir n'est point supprimé, mais seulement suspendu. Ils doivent en tout temps rester prêts à reprendre du service actif, et à accepter le poste qui leur serait assigné, s'il répond à leur instruction professionnelle. Leur refus entraîne la perte du traitement de disponibilité (1). Les devoirs de secret professionnel et de conduite honorable subsistent en entier ; l'interdiction d'accepter des titres, honneurs, cadeaux, traitements, d'autres gouvernements, subsiste également : en contre, le paragraphe 16, alinéa 3 de la R. B. G. dispense le fonctionnaire en disponibilité de l'autorisation administrative pour accepter un office ou une occupation accessoire payée, pour exercer une industrie ou faire partie du conseil de fondation, d'administration ou de surveillance d'une société à but acquisitif (2). Dans tous les cas, il reste pleinement soumis aux voies disciplinaires de l'État, s'il viole les devoirs ci-dessus (3).

c) Les fonctionnaires en disponibilité conservent également leurs droits et leur qualité de fonctionnaire ; ils touchent, lorsque la fonction qui leur est retirée se trouve située à l'étranger, des frais de déplacement suffisants pour regagner le territoire de l'Empire et ont droit à des frais analogues pour rejoindre le nouveau poste qui leur est assigné (4).

(1) R. B. G., § 28.

(2) *Id.* en Prusse : loi du 14 juin 1874, § 1 et 4.

(3) R. B. G., § 119.

(4) R. B. G., § 40 et 28.

La modification la plus importante de leurs droits réside dans la réduction de leur traitement qui est le cas échéant sensiblement moins élevé.

Il est réglé d'après le droit d'Empire, à raison des $\frac{3}{4}$ du traitement d'activité, sans pouvoir être inférieur à 450 marks (562 fr. 50) ni supérieur à 9000 marks (11.250 francs) (1).

En Prusse l'administration est moins généreuse; le montant du traitement de disponibilité n'est que de moitié pour les traitements au-dessus de 3600 marks sans pouvoir dépasser 6000 marks; la proportion est plus élevée et peut atteindre, selon des tarifs fixes, jusqu'aux $\frac{2}{3}$ du traitement actif, quand ce dernier est inférieur à 3600 marks (2).

En Wurtemberg le système est tout différent; le traitement de disponibilité est de 50 % du traitement actif si le fonctionnaire n'a pas 40 ans d'âge; au delà il monte de 1,33 % du traitement, par année d'âge supplémentaire jusqu'à 70 ans, si ce traitement est inférieur à 2400 marks (3000 francs) et de 1,17 % s'il dépasse 2400 marks. Le minimum du traitement de disponibilité est de 1200 marks (1500 francs), le maximum de 6000 marks (7500 francs). Ces dispositions permettent dans le cas le plus favorable d'atteindre 90 % du traitement actif s'il est inférieur à 2400 marks et 85 % s'il est supérieur (3).

En Bavière un fonctionnaire en disponibilité est traité au point de vue du traitement exactement comme un fonctionnaire en retraite (voir chap. suiv.). Il n'y a entre la disponibilité (*Quiescierung*) et le pensionnement (*Dimission*) qu'une seule différence, c'est que le fonctionnaire en dis

(1) R. B. G., § 26.

(2) Prusse, Ordonnances des 14 juin et 24 octobre 1848.

(3) Wurtemberg, Loi de 1876, art. 23.

ponibilité doit toujours être prêt à reprendre du service, tandis que le pensionnaire a cessé d'être fonctionnaire (1).

Le paiement du traitement de disponibilité est réglé comme celui du traitement d'activité, c'est-à-dire qu'il a lieu par mois et à l'avance, mais le traitement actif est continué encore pendant les trois mois qui suivent la fin du mois de mise en disponibilité, et ce n'est qu'après ce délai que le fonctionnaire subit une réduction pécuniaire (2).

Le droit au traitement de disponibilité cesse (3) :

1° Quand le fonctionnaire est nommé dans le même État à un autre poste de traitement égal ou supérieur ;

2° Quand il perd la nationalité allemande ;

3° Quand il établit son domicile hors du territoire allemand sans autorisation du Chancelier de l'Empire, ou du souverain local ;

4° Par sa destitution, soit à titre disciplinaire, soit en raison d'un jugement judiciaire entraînant la perte de l'aptitude à la fonction publique.

Le droit au traitement de disponibilité est simplement suspendu quand le fonctionnaire en disponibilité touche en vertu d'un emploi au service de l'Empire ou d'un État, un traitement qui, ajouté au traitement de disponibilité, dépasse le traitement actif ancien ; la portion excédente est retenue. Si l'occupation nouvelle n'est que provisoire avec indemnité journalière, le traitement de disponibilité reste payé intégralement pendant les premiers six mois ; il est ensuite réduit selon la règle ci-dessus (4).

(1) Edit bavarois de 1818, § 19 et 25.

(2) R. B. G., § 27. Wurtemberg, Loi de 1876, art. 24.

(3) R. B. G., § 29. Wurtemberg, Loi de 1876, art. 27.

(4) R. B. G., § 30. Wurtemberg, Loi de 1876, art. 28.

2. *Fonctionnaires judiciaires.* — Les fonctionnaires judiciaires ne peuvent être mis en disponibilité qu'aux mêmes conditions autorisant leur déplacement par voie administrative (1). La plupart des législations ignorent cette mesure par rapport à eux (2). Dans tous les cas elle ne peut être prise qu'en maintenant au magistrat son plein traitement d'activité et en lui accordant des frais de déplacement, s'il y a lieu.

Les fonctionnaires du ministère, c'est-à-dire de la magistrature debout, sont considérés comme non judiciaires, et peuvent être mis en disponibilité au gré du gouvernement (3).

§ 2. — Voies disciplinaires contre les fonctionnaires (4).

I. — Nature du droit disciplinaire.

1. *Base de ce droit.* — Les devoirs des fonctionnaires sont

(1) Loi sur l'organ. jud., § 8, al. 1 et 3.

(2) Elle n'existe pas en Prusse. Elle ne peut avoir lieu en Bavière que sous les conditions qui justifieraient la mise à la retraite ou la destitution du magistrat (Loi discipl. contre les magistrats du 26 mars 1884, § 71 et suiv.).

(3) En ce qui concerne le Ministère public près le Tribunal de l'Empire, loi sur l'organ. jud., § 149, al. 1 et 150, al. 2. En Prusse, Loi du 24 juillet 1852, § 87, n° 2.

(4) Cf. Heffter, *Ueber Verbrechen und Disciplinarvergehen der Staats- und Kirchendiener*, dans la revue *Neues Archiv des Kriminalrechtes*, t. XIII (1832), p. 48 et suiv. et nouvelle série, année 1833, p. 422 à 442 ; L. v. Bar, *Geschichte des deutschen Strafrechtes*, Berlin, 1882, I, p. 352 et suiv. ; Laband, *op. cit.*, I, p. 439 et suiv. ; Seydel, *Baier. Staatsr.*, II, p. 271 à 297 ; Harseim, article *Amtsverbrechen*, *Disciplin et Richterdisciplin*, dans le *Dictionnaire administratif* de Stengel, I, p. 47 et suiv., II, p. 267 et suiv. et 2^e supplément, p. 241 ; Labes, *Die Disciplinargewalt des Staates über seine Beamte*, dans les *Annalen des d. Reiches*, 1889, p. 243-272.

contenus dans la loi : toute infraction à ces devoirs appelle comme conséquence une sanction qui peut être de deux sortes. Elle peut revêtir un caractère pénal ou un caractère disciplinaire. Il y a toute une série d'infractions des fonctionnaires qui sont prévues par le Code pénal de l'Empire allemand, dans sa section 28 (des crimes et délits commis par les fonctionnaires dans l'exercice de leurs fonctions) ; ce sont en général des infractions qui mettent en péril non seulement l'intérêt de l'administration, mais aussi l'ordre public. Les autres fautes des fonctionnaires, non énumérées, sont punies par la voie disciplinaire qui seule nous intéresse ici.

a) La nature du droit disciplinaire a suscité de longues controverses qui sont loin d'être éteintes. On l'a souvent considéré comme une partie spéciale du droit pénal et différente du reste, en ce que les fautes qu'il punit sont de nature vénielle (1). Il existe en effet de grandes analogies entre le pouvoir pénal et le pouvoir disciplinaire ; il n'y a aucune limite tranchée entre les infractions qui tombent sous le coup du premier, et celles qui sont justiciables du second ; il n'y a pas non plus de liste déterminée des fautes de charge, punissables disciplinairement ; c'est la loi locale qui se charge de faire le départ entre les deux sphères de répression qui toutes les deux ont un caractère pénal, et elle pourrait même ne pas faire de distinction du tout. Dans ce cas les tribunaux ordinaires seraient compétents pour connaître de toute infraction du fonctionnaire et appliquer les peines disciplinaires. Il n'y aurait plus alors de distinction possible entre les deux pouvoirs répressifs. Un pareil système n'est pas simplement théo-

(1) G. Meyer, *op. cit.*, p. 453, 454.

rique : il a été adopté en Suède et en Finlande. Le nouveau Code pénal finlandais, par exemple, énumère indistinctement les crimes et délits commis par les fonctionnaires dans l'exercice de leurs fonctions avec leurs fautes disciplinaires, indiquant chaque fois la peine encourue (1). En Allemagne même, un système analogue, bien que moins complet, existe en Mecklembourg. Mais cette assimilation du pouvoir disciplinaire au pouvoir pénal ne semble pas justifiée dans le reste de l'Empire, bien qu'elle soit encore soutenue par quelques auteurs (2). Il y a en effet des différences entre ces deux pouvoirs : d'abord il n'est pas exact de poser comme distinction, que le droit pénal s'applique aux infractions graves et le droit disciplinaire aux infractions légères ; c'est, il est vrai, le cas en général car une infraction grave trouble non seulement la fonction, mais encore l'ordre public ; la différence réside plutôt dans ce fait que l'acte peut n'être répréhensible que parce qu'il est commis par un fonctionnaire, et il peut avoir en cette qualité un caractère très grave, comme par exemple une inconduite notoire.

Une autre raison de distinguer réside en ce que le même acte qui a été l'objet d'une condamnation pénale peut être poursuivi disciplinairement, même lorsque la poursuite

(1) Le Code pénal finlandais du 19 décembre 1889 énumère dans son chap. 40, § 21, toutes les fautes disciplinaires, et semble pour cela s'être inspiré des lois disciplinaires allemandes : « Un fonctionnaire qui par négligence, omission ou légèreté commet une action punissable dans l'exercice de sa fonction, sera, si aucune peine spéciale n'est indiquée pour cette action, et en cas où l'infraction est trop grave pour qu'un avertissement suffise, puni d'amende ou privé de l'exercice de sa fonction, ou, s'il y a des circonstances aggravantes, destitué. »

(2) Dans ce sens : G. Meyer, *op. cit.*, § 148, p. 453-459 ; Zorn, *op. cit.*, I, p. 328 et 329 ; H. Meyer, *Lehrbuch des D. Strafrechtes*, 5^e édit., Leipzig, 1895, § 130, p. 677. Voir aussi : Löning, *op. cit.*, p. 127, note 5.

devant les tribunaux ordinaires s'est terminée par un acquittement, s'il constitue en lui-même et dégagé de son caractère pénal une faute en fonction (1). Si l'on considère le droit disciplinaire comme une partie du droit pénal, comment concilier cette règle avec celle qui défend de poursuivre un individu deux fois pénalement pour le même fait; comment expliquer encore que les règles concernant la prescription ne sont pas les mêmes? Une autre différence résulte également de ce qu'il n'y a pas d'infraction pénale sans texte formel, tandis que les délits disciplinaires sont illimités et leur appréciation entièrement libre. La poursuite des infractions pénales n'est pas un simple droit pour l'État; il l'exerce en vertu de son devoir général de juridiction sur ses sujets, il doit poursuivre quand les conditions de la poursuite sont remplies. Au contraire la poursuite disciplinaire est pour lui un simple droit non obligatoire, et de l'emploi duquel il reste juge.

b) Une autre théorie fait découler le droit disciplinaire du rapport de puissance que supposerait entre l'État et le fonctionnaire, le lien qui les unit. Selon cette conception le pouvoir disciplinaire remplace pour l'État la plainte en justice qui résulte de la violation des rapports contractuels ordinaires; au lieu d'intenter l'action habituelle, il agit en vertu de sa puissance, directement, par contrainte, pour obliger le fonctionnaire à l'exécution de ses devoirs professionnels, car il n'est pas un contractant ordinaire, et la plainte civile n'aboutirait à rien, le dommage causé par les infractions disciplinaires n'étant pas évaluable en ar-

(1) R. B. G., § 78, al. 1, par exemple, une violation aux lois de l'honneur, de nature à porter atteinte à la considération du fonctionnaire, mais non prévue par la loi pénale.

gent (1). Mais si l'on n'admet pas qu'il existe entre l'État et le fonctionnaire un lien de dépendance aussi étroit qu'un rapport de puissance (2), cette théorie n'est plus acceptable ; d'ailleurs elle ne suffit pas à éclaircir tous les côtés de la question, car si l'État possède une puissance aussi étendue, on ne voit pas pourquoi il n'agit pas, dans la répression disciplinaire, par simple mesure administrative comme il le fait lorsqu'il déplace un fonctionnaire d'un poste à un autre, et pourquoi la législation a institué des tribunaux spéciaux disciplinaires, composés en partie de juges ordinaires et siégeant selon une procédure judiciaire ; ces tribunaux ont en réalité plutôt pour tâche de protéger le fonctionnaire contre l'arbitraire de l'État que de le soumettre à une autorité sans contrôle.

c) Le droit disciplinaire de l'État semble bien plutôt reposer sur le droit qu'il a d'obtenir l'exécution des devoirs acceptés par le fonctionnaire (3). Il importe peu comment ces devoirs ont été créés, qu'ils résultent d'un rapport de puissance, d'un rapport contractuel ou autrement : une fois que ces devoirs réciproques existent, chaque partie a droit à en obtenir l'exécution ; le fonctionnaire a le droit d'attaquer l'État en justice pour le paiement de son traitement ou de ses autres revenus pécuniaires, l'État de son côté a le droit de se plaindre en cas d'inexécution des obligations de son employé ; il est le seul juge de l'opportunité de sa plainte, comme le particulier est maître d'intenter ou non une action civile ; mais une fois qu'il a décidé

(1) C'est la théorie de Laband, I, p. 439-443, spécialement p. 441. Elle est aussi adoptée par Rehm, *op. cit.*, *Annalen*, 1885, p. 191-192 ; Harseim, dans le *Dictionnaire* de Stengel, I, p. 267, et Labes, *op. cit.*, p. 250-252.

(2) Voir plus haut, chap. III, p. 99-103.

(3) Cette théorie est celle de Seydel, II, p. 271-275.

la plainte il n'intervient plus en temps que supérieur hiérarchique du fonctionnaire. La question de savoir jusqu'à quel point sa prétention est fondée, est une question de droit qui doit être résolue judiciairement : les lois peuvent bien remettre le jugement de la cause aux tribunaux ordinaires, à des tribunaux administratifs, à des tribunaux disciplinaires spéciaux ou même à de simples autorités administratives ayant reçu compétence exceptionnelle à cet effet, le principe n'en est pas changé, mais simplement les règles de la compétence et les formes de la procédure ; l'organe ainsi chargé de la décision agit en qualité d'organe judiciaire qui tranche un litige entre deux parties. Le rapport entre le droit pénal et le droit disciplinaire se trouve ainsi être analogue à celui qui existe entre la justice civile et la justice administrative, qui toutes les deux tranchent des questions de droit privé, ou encore, quoique moins nettement, entre le droit civil et le droit pénal, l'État décidant seul quand une action cesse d'être simplement civile et quand on peut y discerner une intention coupable qui la rend pénale ; il n'existe de limites que dans la volonté du législateur.

Cette conception du droit disciplinaire n'est pas en opposition avec la règle *non bis in idem* ; de même qu'un acte puni pénalement par une condamnation peut être l'objet d'une action ultérieure en réparation civile, de même la poursuite disciplinaire succédant à la poursuite pénale, n'a pas le même but que cette dernière et doit aboutir à la réparation du tort causé à l'administration. Elle punit par exemple le fonctionnaire d'une amende, ou le frappe de peines plus graves, qui, sans réparer directement le dommage, empêchent tout au moins le retour d'actes coupables de même nature.

2. *Fautes disciplinaires.* — Il n'y a pas de liste limitative des fautes disciplinaires ; la loi sur les fonctionnaires d'Empire se borne à dire : « Un fonctionnaire qui manque aux devoirs qui lui incombent (d'après le § 10) commet une faute de service et encourt une peine disciplinaire (1). » La mesure de ces fautes dépend de l'appréciation des supérieurs hiérarchiques et varie avec l'office administré : toute violation des devoirs étudiés au chapitre précédent, constitue une source de punition disciplinaire ; toute négligence ou faiblesse, inexactitude ou paresse, absence sans congé ou abus de congé, tout refus d'obéissance non justifié, toute conduite indécente est susceptible d'attirer sur le fonctionnaire une peine méritée. Il en est de même si le fonctionnaire ne se soumet pas aux restrictions qui lui sont imposées par la loi, comme par exemple celle de demander autorisation pour accepter des cadeaux, ou pour entreprendre des affaires accessoires. En Saxe même, le fonctionnaire peut être poursuivi disciplinairement pour des faits qui ne constituent pas des fautes professionnelles, par exemple s'il est en déconfiture, ou si sa position misérable est de nature à le déconsidérer (2).

Il ne peut y avoir en principe de poursuite disciplinaire que contre des fonctionnaires actifs ou considérés comme tels, par exemple s'ils sont en disponibilité provisoire, et pour des actes accomplis pendant leur période d'activité : telle est la pratique adoptée par la loi d'Empire et par la loi prussienne. Il y a cependant quelques exceptions concernant la violation du secret professionnel qui est punissable en Wurtemberg et en Bade, même contre un fonctionnaire entièrement quitte du service public, pourvu qu'il

(1) R. B. G., § 72.

(2) Loi saxonne du 3 juin 1876, § 17, al. 2.

touche une pension de retraite. L'inconduite est également punissable dans le grand-duché de Bade et en Saxe, après la fin du service public sous la même condition (1). Enfin les lois wurtembergeoise et badoise vont plus loin, et punissent le fonctionnaire pour des actes accomplis avant son entrée au service public et connus tardivement, lorsqu'ils sont de nature à influencer sur sa considération (2).

II. — Répression disciplinaire.

Toutes les infractions en fonction ne supposent pas le même degré de culpabilité : il en est qui constituent de simples négligences, d'autres qui supposent une volonté nuisible ; aussi distingue-t-on plusieurs catégories de peines disciplinaires :

1° Les peines disciplinaires simples (*Ordnungsstrafen*).

2° La relégation de la fonction (*Entfernung aus dem Amte*).

A ces deux catégories de peines, très différentes en gravité, correspondent aussi deux procédures dissemblables. Les premières sont infligées par la voie administrative simple ; les supérieurs compétents agissent dans la plénitude de leur appréciation, en observant quelques formes peu compliquées. Les secondes au contraire portent atteinte au grand principe de la persistance de la fonction publique et de la quasi-inamovibilité des fonctionnaires ; aussi ne peut-on les prononcer qu'à la suite de procédures judiciaires en la forme et par des jugements, rendus le plus

(1) Loi wurt. du 28 juin 1876, art. 80, al. 1 ; loi saxonne du 3 juin 1876, § 47, al. 5 ; loi badoise du 24 juillet 1888, § 15, 123 et 124.

(2) Wurtemberg : loi du 28 juin 1876, art. 73 ; Bade : loi de 1888, § 97.

souvent, par des tribunaux véritables à compétence spéciale.

A. VOIES DISCIPLINAIRES SIMPLES.

1. *Fonctionnaires administratifs*. — a) Peines et compétence. — Les peines disciplinaires simples qu'on appelle aussi amélioratives ou correctives ont pour but de châtier légèrement les infractions les moins graves. Elles se décomposent en avertissements, blâmes, amendes, arrêts.

α) L'avertissement et le blâme sont les peines les plus simples qui puissent être infligées (1); elles ne touchent qu'à la fierté du fonctionnaire et à son désir de ne pas subir publiquement d'humiliation; il faut les distinguer des simples observations ou reproches provenant d'un supérieur quelconque, car c'est seulement lorsqu'elles sont infligées par voie disciplinaire, et selon les formes requises qu'elles constituent une peine disciplinaire : la réprimande ou l'avertissement sous d'autres formes ne sont qu'un des multiples événements de la vie du fonctionnaire moyen ou subalterne, n'entraînant aucune conséquence après elles.

Tout supérieur hiérarchique a qualité pour infliger disciplinairement à ses subordonnés un avertissement ou un blâme (2).

β) L'amende (3) constitue tantôt une peine principale, tantôt une peine accessoire. Elle est principale pour les fonctionnaires de l'Empire et de la Prusse, en ce sens qu'elle peut être infligée seule ou avec l'adjonction d'un blâme. Elle est au contraire accessoire quant aux fonc-

(1) R. B. G., § 74, n° 1, 2. Prusse, loi de 1852, § 15, n° 1, 2. Hesse, loi du 21 avril 1880, art. 7, n° 1.

(2) R. B. G., § 80; Prusse, loi de 1852, § 18.

(3) R. B. G., § 74, n° 3; Prusse, loi de 1852, § 15, n° 3; Saxe, loi de 1876, § 16, n° 2; Bade, loi de 1888, § 93, al. 2. Hesse, loi de 1880, art. 7, al. 2.

tionnaires judiciaires prussiens, et accompagne alors en l'aggravant, le blâme qui revêt par rapport aux magistrats judiciaires un caractère plus grave que par rapport aux fonctionnaires administratifs (1).

Le droit d'infliger des amendes n'est pas illimité ; l'amende ne peut dépasser le montant d'un mois du traitement actif et s'il s'agit de fonctionnaires non payés, 90 marks (112 fr. 50) dans l'Empire, en Prusse et en Bavière, et 100 marks (125 francs) en Wurtemberg et en Hesse (2). Quelquefois un maximum d'amende est fixé par la loi, que le fonctionnaire soit appointé ou non ; il est, par exemple, de 200 marks (250 francs) en Bade.

Lorsque l'amende est mesurée sur le traitement mensuel, on calcule ce traitement sans les sommes accessoires qui sont considérées comme indemnités de service, mais si le fonctionnaire occupe plusieurs emplois on le calcule par l'addition des divers traitements qui y correspondent.

L'amende peut être infligée à tout fonctionnaire d'Empire jusqu'au maximum, par les autorités centrales (*Oberste Reichsbehörden*) dont il dépend ; jusqu'à 30 marks, par les autorités supérieures (*höhere Reichsbehörden*) et jusqu'à 9 marks seulement, par les autres autorités ou par ses supérieurs immédiats (3). En Prusse le maximum de l'amende peut être infligé par les Ministres, les autorités provinciales et les chefs de ces autorités. Les autorités subalternes et les Landrätthe sont limités à 9 marks d'amende (4).

(1) Loi pruss. du 7 mai 1851, sur les fonctionnaires judiciaires, § 45, n° 2.

(2) Empire, R. B. G., § 74, n° 3 ; Prusse, loi de 1852 sur les fonct. admin., § 49, al. 5 et 7 ; loi de 1851 sur les fonct. judic., § 45, n° 2 ; Wurtemberg, loi de 1876, art. 70, 71 ; Hesse, loi de 1880, art. 7, al. 2.

(3) R. B. G., § 81 ; Prusse, loi de 1852, § 49.

(4) Prusse, loi de 1852, § 49.

7) Les arrêts sont une peine corporelle qui consiste à être enfermé pendant un certain temps dans un local en rapport avec la situation du fonctionnaire (1); elle a la plus grande analogie avec quelques punitions militaires et ne peut être employée que contre des fonctionnaires subalternes : d'ailleurs elle a le tort de nuire à leur prestige et a été rayée pour cette raison de la loi de 1873 ; elle est expressément interdite en Saxe et en Hesse, mais subsiste encore en Prusse, en Bavière, en Wurtemberg et en Bade (2).

Elle est fixée à un maximum de 8 jours en Prusse, en Bavière et en Bade, et de 15 jours en Wurtemberg ; la loi indique expressément à quels fonctionnaires on peut l'appliquer : ce sont en Prusse les fonctionnaires exécutifs subalternes, garçons de bureau, concierges, domestiques et autres fonctionnaires ayant des emplois analogues, ou purement mécaniques (3).

La compétence pour infliger les arrêts est réglée en Prusse comme pour l'amende : les autorités qui peuvent infliger le maximum de l'amende, peuvent aussi infliger le maximum des arrêts : celles qui sont limitées à 9 marks d'amende, ne peuvent prononcer plus de 3 jours d'arrêts (4).

Il y a d'ailleurs une tendance de plus en plus grande à laisser tomber cette peine en désuétude.

b) Formes de la procédure. — Pour infliger une peine

(1) Cette condition est expressément requise en Prusse et en Wurtemberg ; Prusse, loi de 1852, § 15, n° 4 ; Wurt., loi de 1876, art. 71, al. 3.

(2) Saxe, loi de 1876, § 16 ; Hesse, loi de 1880, art. 7 ; Prusse, loi de 1852, § 15, n° 4 ; Wurtemberg, loi de 1876, art. 71, al. 3 ; Bade, loi de 1888, § 93, al. 2.

(3) Loi de 1852, § 15, n° 4.

(4) Loi de 1852, § 20.

disciplinaire simple quelconque, il suffit d'une procédure sommaire : le fonctionnaire est admis à s'expliquer sur la faute qui lui est reprochée, soit par écrit, soit oralement (1) : s'il nie sa culpabilité, la preuve doit être établie par tous les moyens possibles.

Il est dressé en Saxe, procès-verbal de toutes les opérations (2).

La peine, qui doit être motivée, est prononcée par un écrit, ou par un procès-verbal (3).

Les frais qui sont très réduits, n'incombent pas au fonctionnaire puni, sauf en Hesse, où l'administration peut les lui faire supporter à titre d'aggravation de peine (4).

L'appel est admis : il est jugé par la voie hiérarchique ; il n'est lié à aucune forme ni à aucun délai : la peine peut être aggravée (5).

2. *Fonctionnaires judiciaires.* — a) Peines et compétence. — Les règles qui ont été indiquées relativement à la compétence des autorités, dans la prononciation des peines disciplinaires simples, ne concernent pas les fonctionnaires judiciaires.

Ils peuvent, comme les fonctionnaires administratifs, être soumis à des peines disciplinaires simples, et à des admonestations, mais, tandis que ces dernières ne sont pas mentionnées pour les fonctionnaires administratifs, comme trop peu importantes, elles sont réglées pour les juges et constituent presque déjà une peine.

(1) R. B. G., § 82, al. 1 ; Wurt., loi de 1876, art. 78, al. 1 ; Hesse, loi de 1880, art. 14, al. 1. Le fonctionnaire n'est entendu en Bade que si la peine doit dépasser 5 marks d'amende (§ 100, al. 2, de la loi de 1888).

(2) Saxe, loi de 1876, § 18, al. 3.

(3) R. B. G., § 82, al. 2 ; Saxe, loi de 1876, § 18, al. 3 ; Wurt., loi de 1876, art. 78, al. 2 ; Bade, loi de 1888, § 100, al. 3 ; Hesse, loi de 1888, art. 14, al. 2.

(4) Hesse, loi de 1888, art. 14, al. 3.

(5) R. B. G., § 83 ; Prusse, loi de 1852, § 21.

Le juge qui commet une irrégularité ou un acte répréhensible en est averti par le Président du tribunal dont il fait partie, et un procès-verbal en est dressé qui reste aux archives (1).

Les peines disciplinaires simples proprement dites sont les mêmes pour les fonctionnaires judiciaires que pour les autres, à l'exclusion des arrêts ; on y ajoute seulement en Saxe, en Bade et en Hesse la radiation des listes d'avancement pour un temps variant entre 1 an et 3 ans (1 à 3 ans en Hesse, 2 ans en Bade).

Le droit de prononcer des peines disciplinaires simples appartient en Prusse, en Bavière, en Hesse et en Alsace-Lorraine, exclusivement aux autorités qui ont compétence pour prononcer les peines plus graves du déplacement ou de la destitution. En Saxe le droit de les infliger appartient :

1° Au ministre de la justice sur tous les juges ;

2° Au Sénat disciplinaire de la Cour d'appel de Dresde, sur les Présidents de Chambres et conseillers de cette Cour, et sur les Présidents des tribunaux civils ;

3° Aux Sénats disciplinaires des tribunaux de première instance, sur les juges de ces tribunaux et sur les *Amtsrichter* (juges dont la position est plus élevée que celle de nos juges de paix, et moins élevée que celle de nos juges aux tribunaux civils) (2).

En Wurtemberg ce droit appartient :

1° Au ministre de la justice en ce qui concerne tous les juges ;

(1) Prusse, lois de 1851, § 43, et du 9 avril 1879, § 23 ; Bavière, loi du 26 mars 1881, art. 3 ; Saxe, loi du 20 mars 1880, § 16 ; Hesse, loi du 31 mai 1879, art. 6, n° 2.

(2) Saxe, loi du 20 mars 1880, § 24, 26.

2° Au plenum de la Cour d'appel, sur ses membres et sur ceux des tribunaux de première instance ;

3° Au plenum des tribunaux de première instance sur les *Amtsrichter* de la circonscription.

Des droits plus restreints sont accordés aux Chambres de la Cour d'appel et des tribunaux de première instance en ce qui concerne les mêmes juges (1).

b) Procédure. — Les règles de la procédure sont en général celles du Code de procédure de l'Empire : le juge accusé est entendu et doit s'expliquer sur les faits qui lui sont reprochés ; en Hesse le ministère public doit être entendu.

La peine est rédigée par écrit et motivée (2).

L'appel contre les décisions de première instance portant peine disciplinaire simple, est jugé dans les États où toute peine contre les magistrats est prononcée par procédure formelle, comme s'il s'agit d'une peine plus grave (voir plus loin).

En Saxe l'appel est au Ministre de la justice dans le cas où il n'a pas prononcé lui-même.

En Hesse les décisions d'une Chambre d'un Tribunal de première instance sont seules attaquables.

Le délai de l'appel est en général d'une semaine, quelquefois de 8 jours ; il n'y a pas de délai en Hesse (3).

B. VOIES DISCIPLINAIRES PAR PROCÉDURE EN FORME.

1. *Peines applicables.* — Les infractions trop graves

(1) Ord. royale du 13 févr. 1877, § 1, al. 2, § 3, n° 2 et 3, § 4, n° 1, § 5 ; ord. du 27 sept. 1879, § 1, 2.

(2) Bavière, loi de 1881, art. 24, 25 ; Saxe, loi de 1880, § 24 et 27 ; Bade, loi de 1888, § 100 et 105 ; Hesse, loi de 1879, § 20 et 21 ; Wurtemberg, loi de 1876, art. 78, al. 1 et 2.

(3) Saxe, loi de 1880, § 24 ; Wurt., loi de 1876, art. 79 ; Bade, loi du 14 janvier 1890, § 5 ; Hesse, loi de 1879, art. 49-51.

pour être punies par des peines disciplinaires simples sont passibles de la relégation de la fonction. Cette expression (*Entfernung aus dem Amte*), qui est impropre dans une certaine mesure, comprend plusieurs peines distinctes : le déplacement d'un poste dans un autre par mesure disciplinaire, la destitution, la perte du droit au titre et à la pension. Elle comprenait encore autrefois, par rapport aux fonctionnaires judiciaires prussiens, la mise en disponibilité pendant un temps ne pouvant excéder un an, ni être inférieur à trois mois. Cette dernière pénalité a été supprimée par la loi du 26 mars 1856 et remplacée (§ 1) par le déplacement disciplinaire qui ne s'appliquait qu'aux fonctionnaires administratifs.

α) Le déplacement par voie disciplinaire (1), qui n'est pas à proprement parler une relégation de la fonction, agit identiquement comme le déplacement par mesure administrative : il ne supprime pas pour le fonctionnaire sa qualité et n'interrompt que pour peu de temps son activité ; l'administration lui retire simplement son poste pour lui en confier un autre à son choix. Ce nouveau poste doit être du même rang (2). Les lois ont ainsi exclu une sorte de dégradation qui pourrait entraîner derrière elle une diminution de la considération publique du fonctionnaire, et faire regarder ces emplois inférieurs comme des postes de disgrâce.

Mais comme le déplacement disciplinaire doit rester une peine et se distinguer du déplacement pour raison

(1) Cette peine est unanimement inscrite dans les lois sur les fonctionnaires : R. B. G., § 75, n° 1. Prusse, loi de 1852, § 46, n° 1 et pour les fonctionnaires judiciaires, loi du 26 mars 1856, § 1, al. 1.

(2) En Bade cependant le déplacement peut avoir lieu même dans un poste de rang inférieur.

administrative, la loi a cherché dans des désavantages pécuniaires un moyen de faire sentir au fonctionnaire sa faute. Selon la loi d'Empire de 1873, le déplacement se fait dans un poste dont le traitement est inférieur à l'ancien au maximum de $\frac{1}{5}$: cette réduction peut être remplacée par une amende qui va jusqu'au $\frac{1}{3}$ du traitement d'une année, mais le fonctionnaire conserve son droit à toucher les frais de déplacement (1). En Prusse la réduction du traitement n'est pas limitée; elle peut être jointe à la perte des frais de déplacement. L'administration a le droit d'employer à son gré l'un de ces deux désavantages ou les deux réunis (2). Le fonctionnaire perd également son droit aux frais de déplacement en Wurtemberg, où il subit en outre une réduction de traitement au maximum de $\frac{1}{5}$, et en Hesse où cette dernière mesure est remplacée par une amende du $\frac{1}{3}$ du traitement annuel (3).

β) La destitution est la peine la plus grave qui puisse être infligée à un fonctionnaire : elle rompt complètement le lien qui l'unit à l'État et entraîne derrière elle la perte du droit à la pension de retraite que pouvait avoir acquis le fonctionnaire, ainsi que l'interdiction de porter le titre officiel lié à la fonction, même après la fin du service public. La perte du droit à la pension est la plus sensible pour le fonctionnaire, car il l'a acquis par de longues années de labeur et peut à son défaut se trouver sans ressources lors de sa destitution ; aussi la loi permet-elle aux tribunaux disciplinaires en cas de circonstances atténuan-

(1) La R. B. G., § 75, n° 1, n'en parle pas, et par suite l'exclut.

(2) Prusse, pour les fonct. administ., loi de 1852, § 46, n° 1 et pour les fonct. judic., loi du 26 mars 1856, § 1, al. 2.

(3) Wurt., loi de 1876, § 72, n° 1 ; Bade, loi de 1888, § 94 ; Hesse, loi de 1880, art. 8, n° 1.

tes, de lui laisser par leur jugement une partie de son traitement, soit à vie, soit pour un certain nombre d'années (1). Cet adoucissement que ne connaît pas le droit wurtembergeois, est remplacé en Saxe par le droit réservé au Ministre d'accorder s'il y a lieu, au fonctionnaire, et à titre de subvention annuelle, une somme qui ne peut dépasser la moitié de la pension à laquelle il aurait eu droit (2).

Il n'y a jamais lieu à procédure disciplinaire pour destituer un fonctionnaire nommé sous la réserve de la révocabilité *ad nutum* ou du droit de dénonciation : la simple décision administrative suffit dans ce cas.

γ) La perte du droit au titre officiel et à la pension n'est une peine principale que lorsque le service public a cessé avant la fin de la procédure disciplinaire qui aurait abouti à la destitution (3). Cette condition ne peut se présenter que très rarement ; elle n'est pas remplie par exemple au cas où le fonctionnaire incriminé serait mis définitivement à la retraite avant la fin de la procédure disciplinaire, car le fonctionnaire retraité n'est plus soumis aux voies disciplinaires, et sa pension constitue un droit stable qui ne ressort plus que des tribunaux judiciaires civils. Un cas de ce genre se présenterait, si, par rapport à un fonctionnaire nommé pour un temps déterminé, l'échéance fixée arrivait avant la décision disciplinaire : le tribunal disciplinaire prononcerait alors la perte du titre officiel et de la

(1) R. B. G., § 75, n° 2, al. 2. Loi pruss. de 1852, § 16, n° 2, al. 2 ; Loi sur les fonct. judic. de 1851, § 15, n° 4 ; Bade, loi de 1888, § 95, al. 2 ; Hesse, loi de 1880, art. 8.

(2) Saxe, loi de 1876, § 35. Ces sommes sont accordées en Bade par le Grand-Duc (loi de 1888, § 95, al. 3).

(3) R. B. G., § 75, n° 2. Prusse, loi de 1852, § 16, n° 2.

pension (1). Un fonctionnaire menacé d'une pareille peine peut l'éviter en renonçant volontairement à ses droits pécuniaires et en payant les frais de la procédure commencée.

La même déchéance peut être prononcée dans quelques États, si le fonctionnaire a quitté le service public avant qu'on ait pu le poursuivre disciplinairement (2). La perte de la pension entraînant perte du titre, peut également être prononcée en Saxe contre un fonctionnaire condamné à la prison, ou pour fait commis avant ou après la fin du service public et qui aurait entraîné la perte du droit d'occuper une fonction publique (3).

Dans tous les cas où la perte du titre et de la pension est prononcée comme peine principale elle peut être adoucie selon les mêmes règles que si elle dérivait de la destitution.

2. *Tribunaux disciplinaires.* — Les peines de relégation peuvent être prononcées par des tribunaux spéciaux ou par des autorités administratives constituées en autorités judiciaires. Ces organes sont composés différemment selon qu'il s'agit de fonctionnaires administratifs, de fonctionnaires judiciaires ou de fonctionnaires militaires. On a adopté d'une façon générale le principe de deux instances superposées, comme en matière de justice ordinaire ; pour maintenir autant que possible les droits de l'administration et ceux du fonctionnaire, on a recruté les membres de ces tribunaux pour partie dans l'administration et pour partie dans la justice.

a) *Fonctionnaires administratifs.* — α) *Empire.* — Les

(1) Les cas de ce genre sont plutôt théoriques que pratiques. Cf. pour plus de détails : Pieper, *op. cit.*, p. 232, note 14.

(2) Wurt., loi de 1876, art. 80, al. 2 ; Hesse, loi de 1880, art. 9.

(3) Saxe, loi de 1876, § 47.

tribunaux de première instance chargés de juger les fonctionnaires d'Empire sont les Chambres de discipline (*Disziplinarkammern*), dont l'appel est à la Cour de discipline de Leipzig (*Disziplinarhof*) (1). Les membres des Chambres et de la Cour sont élus par le Bundesrat et nommés par l'Empereur, parmi les fonctionnaires de l'Empire ou des États : ils restent en fonction pendant toute la durée pour laquelle ils occupent leur fonction principale (2) : comme cette fonction est le plus souvent à vie, ces tribunaux jouissent en fait d'une stabilité de composition très grande.

La fonction de juge disciplinaire est une fonction accessoire ; elle est gratuite, mais comme il s'agit d'organes non permanents, qui se réunissent seulement en cas de besoin, leurs membres touchent des frais de voyage et des indemnités, lorsqu'ils ne résident pas au lieu de la réunion du tribunal.

Il existe pour l'Empire allemand 30 Chambres disciplinaires (3) dont les circonscriptions territoriales sont déter-

(1) R. B. G., § 86.

(2) R. B. G., § 93.

(3) En vertu du paragraphe 87 de la R. B. G., ces tribunaux sont fixés aux lieux suivants : Potsdam, Francfort-sur-l'Oder, Königsberg, Danzig, Stettin, Köslin, Bromberg, Posen, Magdeburg, Erfurt, Breslau, Liegnitz, Oppeln, Münster, Arnsberg, Düsseldorf, Cologne, Trèves, Darmstadt, Francfort-sur-le-Mein, Cassel, Hanovre, Sleswig, Leipzig, Carlsruhe, Schwérin, Lübeck et Brême.

Des tribunaux disciplinaires ont été créés ultérieurement à Stuttgart (par ord. du 11 juill. 1873) et à Strasbourg ; ce dernier tribunal est compétent pour les fonctionnaires d'Empire en Alsace-Lorraine, et les fonctionnaires des chemins de fer de l'Empire résidant à l'étranger, c'est-à-dire en Luxembourg, en Suisse, et dans les gares frontières françaises (Ord. du 7 janv. 1874, loi du 5 nov. 1874). Les fonctionnaires de l'Empire dont le siège de fonction est situé à l'étranger, ressortissent du tribunal disciplinaire de Potsdam (R. B. G., § 88, al. 2).

minées par l'Empereur avec accord du Bundesrat (1). Elles sont compétentes pour connaître des fautes dont les auteurs avaient le siège de leur fonction dans leur ressort au moment de l'introduction de la procédure disciplinaire (2). Les conflits de compétence territoriale sont réglés par la Cour de discipline ; si la Chambre compétente peut être suspectée de partialité, la Cour peut sur la demande du fonctionnaire qui représente le ministère public, ou sur celle de l'accusé, déférer l'affaire à un autre tribunal disciplinaire (3).

Chaque Chambre disciplinaire est composée de 7 membres dont le Président et 3 membres au minimum doivent remplir des fonctions judiciaires dans l'un des États allemands ; les autres sont choisis dans l'administration. Il faut, pour la validité des débats oraux et du jugement, la présence de 5 membres. Le Président de l'audience et deux assesseurs au moins doivent avoir la capacité judiciaire (4). Dans tous les cas, il faut une majorité de fonctionnaires judiciaires.

La Cour de discipline, dont le siège est à Leipzig auprès du Tribunal d'Empire, est, comme les tribunaux disciplinaires, un organe non permanent. Elle est composée de 11 membres dont le Président et 5 membres au moins, doivent être des fonctionnaires judiciaires, tandis que 4 des autres membres au moins, doivent être pris parmi les plénipotentiaires du Bundesrat. Il n'y a de choix possible que pour un seul des membres, qui est indifféremment un fonctionnaire judiciaire ou un plénipotentiaire du Bundesrat. Il

(1) R. B. G., § 88, al. 1.

(2) R. B. G., § 88, al. 2.

(3) R. B. G., § 88, al. 3 et § 90.

(4) R. B. G., § 89.

faut, pour la validité des débats oraux et de la sentence, la présence de 7 membres parmi lesquels le Président et au moins 3 des assesseurs doivent appartenir à l'ordre judiciaire (1).

β) Prusse. — Le système disciplinaire prussien, qui a servi de base à la loi d'Empire, est de 20 ans plus ancien ; il est moins avancé dans la spécialisation de la juridiction disciplinaire, qui est encore exercée le plus souvent par des organes administratifs. En principe, ce sont seuls les hauts fonctionnaires qui jouissent en première instance d'un tribunal spécial : l'appel est jugé par une institution administrative et politique, le ministère d'État.

La compétence en première instance appartient (2) :

1° A la Cour de discipline de Berlin (*Disziplinarhof*) pour ce qui touche les fonctionnaires dont la nomination est effectuée, confirmée ou approuvée directement par le Roi de Prusse ou par les Ministres (Voir plus haut, chap. VI, p. 178-180).

2° Aux autorités provinciales, c'est-à-dire :

Aux Régences ;

Aux Directions provinciales de l'enseignement (*Prov. Schulkollegien*) ;

Aux Directions provinciales des impôts (*Prov. Steuerdirektionen*) ;

Aux Directions supérieures des mines (*Ober-Bergämter*) ;

(1) R. B. G., § 94. C'est actuellement le premier Président du tribunal de l'Empire (S. Ex. v. Oehlschläger) qui est en même temps Président de la Cour de discipline. Le choix d'une aussi importante personnalité comme Président, indique la haute valeur qui est attachée à la Cour de discipline dans l'Empire allemand.

(2) Loi prussienne sur les fonctionnaires administratifs de 1852, § 24 et 25.

Aux Commissions générales (*Generalkommissionen*) ;
A la Direction de la police à Berlin ;
Aux Commissariats des chemins de fer ;
Aux administrations centrales directement subordonnées aux Ministres, lorsqu'elles ne comportent pas d'autorité provinciale.

en ce qui concerne tous les fonctionnaires qui dépendent de ces autorités et qui ne rentrent pas dans les cas du n° 1.

3° Aux Régences dans la circonscription desquelles ils sont employés, pour tous les autres fonctionnaires ; et à celle de Potsdam, pour ceux qui résident à Berlin ou à l'étranger.

C'est le ministère d'État qui tranche les conflits de compétence et désigne en cas de suspicion légitime le tribunal remplaçant (1).

La Cour de discipline est composée d'un Président et de 10 membres, dont 4 au moins doivent faire partie de la Cour d'appel de Berlin (*Kammergericht*). Ils sont tous nommés par le roi, mais pour trois ans seulement, de sorte que la composition de la Cour n'est pas absolument stable : les membres peuvent, il est vrai, être réélus, et c'est le cas le plus fréquent. La Cour siège au nombre de 7 membres y compris le Président de l'audience : 2 de ces membres doivent être des membres judiciaires (2).

Les autorités administratives siègent en séances plénières auxquelles doivent prendre part au moins 3 membres à voix délibérative : il n'y a pas ici d'adjonction de membres judiciaires : les garanties du fonctionnaire sont par suite moins considérables.

(1) Loi de 1852, § 27 et 28.

(2) Loi de 1852, § 29 et 30.

L'appel est jugé par le ministère d'État (1), qui décide alors selon les formes ordinaires de ses délibérations, c'est-à-dire administrativement : il y a cependant une garantie accordée aux fonctionnaires qui ont été jugés administrativement déjà en première instance : c'est que le ministère d'État ne peut prendre de décision avant de soumettre leur affaire à la Cour de discipline, qui donne son avis, et peut à l'occasion ordonner devant elle un débat oral ; l'avis de la Cour ne lie pas le ministère d'État, bien qu'il puisse influencer sur sa sentence, comme il sera exposé plus loin (2).

γ) Petits États. — Les États secondaires de l'Allemagne ont adopté des organisations analogues à celles de la Prusse et de l'Empire :

Il y a en Saxe (3) une Chambre de discipline de 1^{re} instance, composée de 5 membres dont 3 judiciaires ; les affaires sont jugées par 3 membres dont 2 judiciaires. L'appel appartient à une Cour de discipline composée de 7 membres, dont 4 sont des fonctionnaires judiciaires et qui siège par 5 membres dont 3 judiciaires. Les fonctionnaires de ces deux instances, qui toutes deux sont fixées à Dresde, sont nommés par le Roi de Saxe. Un seul fonctionnaire remplit auprès des deux instances le rôle du ministère public.

(1) Loi de 1852, § 41.

(2) Loi de 1852, § 45 et 46.

(3) Loi du 3 juin 1876, § 19, 24, 28. Les professeurs sont soumis à des juridictions spéciales : la Chambre de discipline est composée dans ce cas du Président et d'un autre membre de la Chambre de discipline de Dresde, et d'un professeur de l'Université de Leipzig, nommé à cet effet par le roi pour 5 ans. La Cour de discipline comprend le Président et 2 autres membres de la Cour de discipline de Dresde, auquel on adjoint le recteur et un professeur titulaire de l'Université de Leipzig, nommé également pour 5 ans (Statut du 29 avril 1892, loi et ord. du 29 avril 1892).

En Wurtemberg (1) la Cour de discipline juge en première et dernière instance : elle est composée de 9 membres, parmi lesquels le Président et 4 autres membres doivent occuper une charge de judicature : elle siège par 7 membres dont le Président et 3 des assesseurs doivent avoir la qualification judiciaire. Tous sont nommés par le Roi pour la durée de l'office principal qu'ils occupent dans le service public.

En Bade (2) l'ordre des instances ressemble beaucoup à celui de la Prusse : la Cour de discipline, composée de 9 membres, dont 5 judiciaires, ne juge que les fonctionnaires nommés directement par le Grand-Duc : les autres sont sous la juridiction collégiale du Ministère ressortissant et l'appel est au Ministère d'Etat.

En Hesse (3) c'est le tribunal supérieur de l'administration qui juge en instance unique les fautes disciplinaires des fonctionnaires locaux.

b) Fonctionnaires judiciaires. — La magistrature assise joue un rôle si considérable qu'elle est l'arche sainte inattaquable : c'est avec la plus grande précaution qu'on procède contre elle à l'application de peines quelconques : ses membres ne peuvent être jugés que par leurs pairs et dans des formes solennelles.

α) Empire. — C'est l'assemblée plénière du Tribunal d'Empire, et celle de l'Office fédéral pour l'indigénat qui juge les membres de ces tribunaux, en première et dernière instance, toutes les fois qu'il peut y avoir lieu à destitution, suspension ou mise à la retraite d'office (4).

(1) Loi de 1876, § 83, 84.

(2) Loi badoise de 1888, § 101-103, 122.

(3) Loi hessoise de 1880, art. 18.

(4) Loi sur l'organ. judic. de 1877, § 128, 129, 131 ; loi du 6 juin 1870 pour l'Off. fédéral pour l'indigénat, § 43 ; loi du 31 mars 1873, § 158.

Les membres de la Cour des comptes de l'Empire allemand sont les mêmes que ceux de la Chambre supérieure des comptes de Prusse, et sont soumis aux lois disciplinaires prussiennes. Ils sont jugés par le Grand Sénat disciplinaire de la Cour d'appel de Berlin en vertu de la loi prussienne du 27 mars 1872, paragraphes 5 et 6.

Les juges militaires, bien que fonctionnaires médiats de l'Empire, ne sont pas soumis aux voies disciplinaires de la loi de 1873 (1), mais comme aucune loi d'Empire n'a réglé leur situation à ce point de vue, on leur applique les dispositions en vigueur autrefois dans les divers contingents de l'armée allemande et qui n'ont pas été remplacées (2).

β) Prusse. — Les fonctionnaires judiciaires sont jugés disciplinairement en Prusse selon les règles suivantes. La compétence en première instance appartient (3) :

1° Au Grand Sénat disciplinaire constitué auprès de la Cour d'appel de Berlin, en ce qui touche les Conseillers de cette Cour et les Présidents des autres Cours d'appel.

2° Aux Cours d'appel, sur leurs membres et sur tous les autres fonctionnaires judiciaires de leur ressort.

Les conflits de compétence entre Cours d'appel sont réglés par le Grand Sénat disciplinaire, qui peut également, s'il y a motif de suspicion légitime, renvoyer l'affaire à une autre Cour d'appel (4).

Le Grand Sénat disciplinaire de Berlin est présidé par

(1) R. B. G., § 158.

(2) En vertu du § 19 de la R. B. G. En Prusse ces dispositions sont contenues dans les § 70 et suiv. de la loi sur les fautes disciplinaires des fonctionnaires judiciaires de 1851, d'après laquelle ils sont jugés par la Cour d'appel de Berlin, constituée en Grand Sénat disciplinaire.

(3) Loi prussienne de 1851, § 18.

(4) Loi pruss. de 1851, § 21 et 22.

le premier Président de la Cour d'appel de Berlin, et juge au nombre de quinze conseillers, parmi lesquels le Président du Grand Sénat et les cinq plus anciens Présidents de chambre de la Cour d'appel (1).

Les Cours d'appel se constituent, pour juger disciplinairement, en Sénats disciplinaires qui décident par sept membres, y compris leur Président qui est en même temps le Président de la Cour d'appel. Si le premier Président est empêché, il est remplacé par le plus ancien Président de Chambre ; le plus ancien Président de Chambre, ou s'il remplace le premier Président, le plus ancien après lui, doit faire partie du Sénat disciplinaire (2).

Les affaires jugées par le Grand Sénat disciplinaire sont sans appel ; il constitue la deuxième instance pour les autres (3).

Les membres du Tribunal administratif supérieur sont considérés comme des juges et jugés par un Sénat disciplinaire constitué auprès de ce tribunal suivant des règles analogues à celles qui précèdent.

γ) Petits États. — En Bavière les juges sont jugés disciplinairement en première instance par des Chambres de discipline constituées auprès des Cours d'appel. La 2^e instance est représentée par le Tribunal suprême bavarois (4), qui se transforme en Cour de discipline de la magistrature et comprend le premier Président et six conseillers de ce Tribunal (5).

(1) Loi modificative prussienne du 9 avril 1879, § 8-10.

(2) Loi de 1879, § 4, 5.

(3) Loi de 1851, § 35, 42 ; loi de 1879, § 36.

(4) Ce tribunal que la Bavière s'est réservé en vertu de la loi sur l'organisation judiciaire et qui est unique dans son genre en Allemagne, est une Cour de Cassation : il remplace pour la Bavière le Tribunal de l'Empire, sauf en certaines matières que le Tribunal d'Empire a seule compétence pour trancher en cassation.

(5) Loi disciplinaire de la magistrature du 26 mars 1884, art. 12-18.

En Saxe la première instance est constituée par le Sénat disciplinaire de la Cour d'appel de Dresde, comprenant le Président et deux autres membres de cette Cour. L'appel est jugé par la même Cour, qui prend alors le titre de Cour de discipline et se compose du premier Président et des Présidents de Chambres de la Cour d'appel, et de trois Présidents du tribunal civil (1).

En Wurtemberg et en Bade l'instance sans appel est constituée auprès des Cours d'appel de Stuttgart et de Carlsruhe (2).

En Hesse et en Alsace-Lorraine l'ordre des compétences en 1^{re} instance ressemble à celui de la Prusse : l'appel est jugé en Hesse par la Cour d'appel de Darmstadt sauf les cas où elle juge en première instance. Pour les juges d'Alsace-Lorraine l'appel est jugé par le Plenum du Tribunal d'Empire qui seul peut prononcer contre eux la destitution (3).

c) Fonctionnaires de l'armée et de la marine. — Les fonctionnaires de l'armée et de la marine sont ceux qui, sans être des personnes militaires, ont un rang militaire ; les officiers n'en font pas partie. Les fonctionnaires militaires sont jugés en première instance par des Commissions disciplinaires militaires qui se réunissent pour chaque corps d'armée au siège du commandement général. Elles sont composées d'un colonel comme président et de six autres membres dont trois sont des officiers du corps de l'état-major, des capitaines d'infanterie ou de cavalerie,

(1) Loi saxonne du 20 mars 1880, § 26.

(2) Wurtemberg, loi de 1876, art. 85 ; loi d'application de la loi sur l'organ. jud. de l'Empire, du 24 janv. 1879, art. 14, 15 ; Bade, loi du 24 juillet 1888, § 130, n° 7.

(3) Hesse, loi du 31 mai 1879, art. 16-18 ; Alsace-Lorraine, loi du 16 juin 1879, § 1, al. 2.

et les autres des hauts fonctionnaires de l'administration de l'armée (1).

En ce qui concerne les fonctionnaires de la marine, ces Commissions sont réunies aux lieux de stations navales, Kiel et Wilhelmshaven, et composées d'officiers de marine de grades équivalents à ceux des officiers de l'armée dans les commissions militaires (2).

Les membres des Commissions sont nommés par le ministère de la guerre du contingent ou par l'amirauté (3).

Le ministère public est représenté par un auditeur de l'armée ou de la marine (4).

L'appel est porté devant la Cour de discipline de Leipzig comme pour les fonctionnaires d'Empire civils.

3. *Procédure disciplinaire en forme.* — a) Fonctionnaires administratifs. — La procédure qui aboutit à une peine de relégation se divise en deux parties : l'enquête préliminaire et le débat oral ; elle se termine par un jugement.

α) Enquête préliminaire. — Le droit de décider s'il y a lieu d'entamer la procédure formelle appartient, pour les fonctionnaires d'Empire, à l'autorité centrale dont ils dépendent ; pour les fonctionnaires militaires, au commandant de leur corps d'armée ou au chef de l'amirauté ; pour les fonctionnaires d'Alsace-Lorraine, aux autorités qui ont pouvoir de les nommer ; dans les divers États, aux Ministères intéressés. En Prusse cette décision doit être prise par le Ministre hiérarchique du fonctionnaire, s'il est justiciable de la Cour de discipline ; elle peut l'être dans

(1) R. B. G., § 121, al. 1 et 2.

(2) R. B. G., § 121, al. 3.

(3) R. B. G., § 121, al. 4.

(4) R. B. G., § 122.

les autres cas par les autorités compétentes pour juger disciplinairement (1).

L'autorité qui intente la procédure nomme deux fonctionnaires, chargés, l'un de diriger l'enquête préliminaire, l'autre de remplir le rôle du ministère public (2). L'enquête préliminaire commence par une invitation à comparaître et une communication des incriminations au fonctionnaire inculpé. Le fonctionnaire enquêteur établit les faits : des témoins sont entendus sous serment, mais hors la présence du ministère public et de l'accusé ; on réunit toutes les preuves possibles. Le fonctionnaire accusé ne peut être assisté d'un défenseur pendant l'enquête préalable ; il ne peut être ni arrêté, ni amené de force d'aucune manière (3). Il est dressé par un greffier, procès-verbal de tous les actes de la procédure. Quand l'affaire paraît suffisamment instruite, le fonctionnaire enquêteur et le fonctionnaire accusateur se mettent d'accord pour envoyer les pièces à l'autorité centrale : les moyens sont communiqués à l'accusé (4).

L'autorité qui a le droit d'intenter la procédure peut, après examen des pièces, l'arrêter et se contenter d'infliger au fonctionnaire incriminé, une peine disciplinaire simple : sa décision est notifiée à l'intéressé (5). Ce dernier peut arrêter la procédure et se soustraire à toute peine en donnant sa démission avec renonciation de ses droits au titre et à la pension, et en supportant les frais de la procédure

(1) Prusse, loi de 1852, § 23.

(2) R. B. G., § 84, al. 1, 85, 120. Ordonnance impériale du 23 février 1874, § 4 ; Prusse, loi de 1852, § 23, 33 ; Saxe, loi de 1876, § 20, 21, 23 ; Wurt., loi de 1876, art. 81, 82, 91, 94.

(3) R. B. G., § 94.

(4) R. B. G., § 95-97.

(5) R. B. G., § 98.

commencée : s'il a gestion de deniers publics il ne peut user de cette faculté qu'en apportant quittance de son administration (1).

β) Débat oral. — Si l'autorité centrale décide de poursuivre l'affaire devant les tribunaux disciplinaires, l'accusé est assigné à comparaître en séance pour le débat oral : il peut se présenter assisté d'un défenseur, ou se faire représenter par lui, sauf le cas où le tribunal jugerait sa présence indispensable (2).

Les débats sont publics d'après la législation d'Empire, ainsi qu'en Wurtemberg et en Saxe : ils sont secrets en Prusse, en Bade et en Hesse (3). Ils commencent par la lecture de l'acte d'accusation, puis l'inculpé est entendu : s'il avoue les faits reprochés, il n'y a pas lieu à l'établissement des preuves ; sinon, le rapporteur fait l'exposé des preuves rassemblées contre lui : des témoins sont entendus s'il y a lieu, en personne ou par commission ; les débats se terminent par le réquisitoire du ministère public et la défense de l'accusé, à qui appartient le dernier mot (4).

γ) Sentence. — La sentence est rendue selon la libre appréciation de l'autorité saisie, sans qu'elle soit liée à des preuves légales. Elle peut acquitter ou condamner, et si elle estime qu'il y a culpabilité, elle mesure la peine en toute indépendance : elle peut même ne prononcer qu'une peine disciplinaire simple.

Le jugement doit être motivé ; il est prononcé au plus

(1) R. B. G., § 100, al. 1.

(2) R. B. G., § 101, 102. Prusse, loi de 1852, § 34, 37.

(3) R. B. G., § 103. Prusse, loi de 1852, § 35, al. 1 ; Saxe, loi de 1876, § 26 ; Wurt., loi de 1876, art. 96 ; Bade, loi de 1888, § 112 ; Hesse, loi de 1880, art. 27.

(4) R. B. G., § 104-107. Prusse, loi de 1852, § 35 et 36.

tard dans les 15 jours de la fin du débat oral et est notifié à l'intéressé (1).

δ) Appel. — L'appel est jugé dans les mêmes formes que la première instance, d'après le droit d'Empire et de la Saxe, c'est-à-dire qu'il y a un débat oral auquel assistent l'accusation et la défense (2). En Prusse le Ministère d'Etat qui constitue la deuxième instance examine l'affaire, dont un exposé est fait par un rapporteur ou par deux rapporteurs, selon qu'elle a été jugée en première instance par une autorité administrative ou par la Cour de discipline.

Si l'affaire a été jugée d'abord administrativement, le Ministère d'Etat, avant de prendre une décision, doit soumettre les pièces à la Cour de discipline, qui donne son avis, et peut au besoin ordonner un débat oral en y convoquant l'accusé et le ministère public. L'avis de la Cour de discipline ne lie pas le Ministère d'Etat, mais s'il est dans le sens de l'acquiescement, ou s'il propose un simple avertissement ou un blâme, le Ministère d'Etat ne peut prononcer la destitution : le maximum de la peine est alors le déplacement disciplinaire.

Toute destitution d'un fonctionnaire nommé directement par le Roi, doit être approuvée par lui (3).

L'Empereur a, par rapport aux peines prononcées, le droit de grâce ; il peut les adoucir ou les supprimer (4).

Les frais sont supportés par le fonctionnaire, s'il est

(1) R. B. G., § 108. Il n'y a pas en Prusse de délai pour la prononciation du jugement, et la notification n'a lieu que sur la demande de l'intéressé (Loi pruss. de 1852, § 38). En Saxe, le délai de prononciation est de 8 jours (loi de 1876, § 25).

(2) R. B. G., § 116. Saxe, loi de 1876, § 29.

(3) Prusse, loi de 1852, § 45, 46, 47.

(4) R. B. G., § 118.

condamné et par l'administration dans le cas contraire (1).

b) Fonctionnaires judiciaires. — La procédure formelle contre les fonctionnaires judiciaires est en général celle des affaires pénales ordinaires, selon les formes prescrites par le Code de procédure de l'Empire allemand ; il n'y a que quelques divergences peu sensibles et sans intérêt, dans les législations de la Saxe, du Wurtemberg, de Bade et de Hesse.

C'est en général l'organe disciplinaire de première instance qui décide l'introduction de la procédure sur la demande du ministère public ; l'enquête préliminaire n'existe pas dans toutes les législations. Le Sénat disciplinaire peut arrêter la poursuite s'il la considère comme injustifiée. Les débats oraux ne sont publics qu'en Wurtemberg. Le Tribunal apprécie librement la faute et prononce la peine à son gré.

4. *Reprise de procédure.* — Lorsqu'une poursuite disciplinaire intentée, a été ensuite abandonnée, elle ne peut être reprise à propos du même fait que dans les cinq ans qui suivent cet abandon, et seulement en raison de preuves nouvelles (2) ; si malgré l'interruption de la poursuite le fonctionnaire a été puni pour le fait incriminé, d'une peine disciplinaire simple, l'action ne peut plus être reprise sous aucun prétexte (3). La procédure disciplinaire, lorsqu'un jugement exécutoire est intervenu, peut être reprise en Wurtemberg, Bade et Hesse, mais seulement dans le cas où le Code de procédure pénale allemand permet de reprendre une affaire pénale, et dans les cinq ans du juge-

(1) R. B. G., § 124.

(2) R. B. G., § 99, al. 1. Saxe, loi de 1876, § 22 ; Wurt., loi de 1876, art. 92 ; Bade, loi de 1888, § 108 ; Hesse, loi de 1880, art. 24.

(3) R. B. G., § 99, al. 2. Saxe, loi de 1876, § 32.

ment définitif (1). Cette règle s'applique dans tous les États par rapport aux fonctionnaires judiciaires (2).

5. *Influence de la procédure pénale sur la procédure disciplinaire.* — Il arrive souvent qu'un même fait puisse être poursuivi pénalement et disciplinairement. La règle, dans ce cas, est que l'action pénale passe toujours avant l'action disciplinaire. Aussi ne peut-on intentar la procédure disciplinaire contre un fonctionnaire, sitôt qu'une enquête judiciaire est ouverte contre lui pour le même fait; on la suspend lorsqu'elle est déjà commencée, et elle ne peut être reprise que lorsque l'enquête judiciaire a pris fin (3). Il serait regrettable que deux enquêtes indépendantes et parallèles pussent aboutir à deux appréciations différentes d'un même acte. Aussi la décision judiciaire influe-t-elle sur l'action disciplinaire. Celle-ci ne peut être reprise, si l'accusé est acquitté en justice, soit pour faute de preuves, soit parce que l'acte incriminé était légal, que lorsqu'il constitue en lui-même et dégagé de tout élément criminel, une faute professionnelle (4). Dans tous les cas la poursuite disciplinaire doit accepter comme prouvés les faits établis en justice, et se borner à les apprécier au point de vue du service public.

Si l'action judiciaire a abouti contre un fonctionnaire à une condamnation qui, d'après le Code pénal (§ 33, 35), entraîne incapacité d'occuper une charge publique, il n'y

(1) Wurt., loi de 1876, art. 104; Bade, loi de 1888, § 120, 121; Hesse, loi de 1880, art. 35-36.

(2) Prusse, loi de 1851, § 43; Bavière, loi du 26 mars 1881, art. 55; Wurt., loi de 1876, art. 103, 105; Bade, loi de 1888, § 120, 121; Hesse, loi de 1879, art. 52.

(3) R. B. G., § 77.

(4) R. B. G., § 78.

a pas lieu d'agir disciplinairement pour le destituer : il cesse d'être fonctionnaire *ipso jure*.

Pas plus que l'action pénale, l'action disciplinaire n'agit sur l'action civile qui peut résulter contre le fonctionnaire de dommages et intérêts réclamés soit par l'État, soit par des tiers, à propos de ses actions.

C. VOIES DISCIPLINAIRES EN BAVIÈRE.

Les voies disciplinaires concernant les fonctionnaires administratifs sont réglées en Bavière selon des principes absolument différents de ceux qui ont été exposés jusqu'ici : et il n'a pas été possible de les étudier en même temps que les autres législations allemandes. Cependant, comme la Bavière occupe en Allemagne la deuxième place au point de vue de la population et de l'étendue, et que, d'autre part, son système disciplinaire est original, bien qu'il ne puisse être regardé comme très heureux, il nous semble intéressant de l'exposer à part, brièvement (1).

On distingue en Bavière les peines disciplinaires en peines simples et peines renforcées (*Geschärfte Dienststrafen*). Les premières sont, comme dans le reste de l'Allemagne, l'avertissement, l'amende (de 9 à 90 M.), les arrêts (de 1 à 8 jours). Les secondes ont des conséquences graves pour les fonctionnaires. Elles sont infligées avec cette mention qu'à la première, à la seconde ou à la troisième peine de même nature, le fonctionnaire passera en justice à fin de destitution (2). L'administration ne peut infliger une seconde peine renforcée qu'après avoir usé d'abord d'une peine simple (3). La compétence d'infliger ces peines appar-

(1) Cf. Seydel, *op. cit.*, II, p. 282-297.

(2) Edit de 1818, § 12.

(3) Edit de 1818, § 11-a.

tient à tout supérieur hiérarchique, cependant la 3^e peine renforcée ne peut être infligée que par le Ministre, chef de service (1).

La procédure varie selon qu'il s'agit d'une peine simple ou de la première peine aggravée, ou des peines aggravées suivantes. Dans le premier cas on se borne à entendre le coupable sans observer aucune forme solennelle. S'il est question d'une 2^e ou 3^e peine renforcée, il y a une petite enquête écrite, qui aboutit à la rédaction d'un rapport. La décision est prise par une autorité collégiale : elle est écrite, motivée, et notifiée à l'intéressé.

Il n'y a pas d'appel contre les peines simples : en matière de peines renforcées, l'appel, qui doit intervenir dans les trois jours de la notification, est jugé par l'autorité supérieure : si c'est le Ministre qui a décidé en 1^{re} instance l'appel est jugé par le Conseil d'État bavarois (2).

La 3^e peine renforcée aboutit à la mise en accusation du fonctionnaire devant le tribunal de 1^{re} instance (*Landgericht*), qui peut prononcer jusqu'à 600 marks d'amende (750 fr.) et la destitution avec perte de tous droits à la pension et au titre officiel (3).

La procédure devant le tribunal de 1^{re} instance est identiquement celle que prescrit le Code de procédure pénale de l'Empire allemand, en matière pénale. Les débats ne sont pas publics. L'appel est jugé par la Cour d'appel, et dans les mêmes formes que les affaires pénales ordinaires.

(1) Edit de 1818, § 13, 14.

(2) Edit de 1818, § 14, 15.

(3) Loi du 18 août 1879, art. 110, 113, 114 ; édit de 1818, § 10-12.

III. — *Suspension préalable.*

La suspension préalable est une mesure provisoire et complémentaire qui intervient lorsqu'il y a lieu de prévoir une fin prochaine du service public et lorsque l'intérêt de l'administration l'exige. Elle ne constitue pas une peine et laisse subsister la qualité de fonctionnaire ; elle interrompt seulement le devoir d'exercice effectif de la fonction pendant sa durée. Elle est tantôt un simple effet de la loi, tantôt elle est prononcée par l'autorité administrative : dans ce dernier cas elle constitue une mesure analogue au déplacement administratif ou à la mise en disponibilité provisoire, qui aurait pu être étudiée à la même place ; mais en réalité elle a un rapport très étroit avec les voies disciplinaires, car elle est destinée à préserver l'administration de la gestion d'un fonctionnaire inculpé, par suite suspect, et qui le plus souvent n'a plus rien à ménager : elle est une mesure complémentaire de la procédure disciplinaire. Dans quelques petits États elle est aussi une peine proprement dite qui peut être prononcée à temps (1).

1. *Cas de suspension préalable.* — La suspension d'un fonctionnaire a lieu par le seul effet de la loi :

1^o Quand au cours d'une procédure judiciaire pénale, il est mis en état d'arrestation ou qu'il est l'objet d'un jugement non encore définitif, qui emporte d'après la loi perte de la fonction publique.

2^o Quand au cours d'une procédure disciplinaire le fonc-

(1) Hesse, édit du 12 avril 1820, art. 24 et 25. De même en Saxe-Weimar, Saxe-Cobourg-Gotha, Schwarzbourg-Rudolstadt, Waldeck et dans les deux Reuss.

tionnaire est condamné à la destitution par un jugement non encore définitif (1).

La suspension dure (2), dans le cas où le fonctionnaire est mis en état d'arrestation, jusqu'à la fin du 10^e jour après qu'il est remis en liberté. Dans le cas où il y a condamnation pénale, entraînant perte de la fonction publique, mais non encore définitive, la suspension dure jusqu'à ce que le jugement soit devenu définitif (le fonctionnaire perd alors sa qualité de fonctionnaire) ou jusqu'à la fin du 10^e jour après qu'un jugement en 2^e instance ait prononcé une autre peine n'entraînant pas la perte de la fonction : si cette peine est privative de liberté, la suspension dure jusqu'à ce que le jugement ait été exécuté.

Lorsqu'il s'agit d'un jugement de destitution disciplinaire encore attaquant, la suspension dure jusqu'à ce qu'une nouvelle décision exécutoire intervienne, soit qu'elle aboutisse au même résultat (et le fonctionnaire quitte le service public), soit que le second jugement prononce une peine moins grave qui ne comporte pas suspension préalable.

3^o Contre les conseillers au Tribunal de l'Empire ou à l'Office fédéral pour l'Indigénat, la suspension n'intervient que quand ils sont mis en état de détention préventive (3).

La suspension préalable peut être prononcée par une décision administrative, ou s'il s'agit de magistrats, par le Sénat disciplinaire dont ils ressortissent :

1^o Contre les conseillers au Tribunal de l'Empire ou à

(1) R. B. G., § 125. Prusse, loi de 1852, § 48 ; loi de 1851 sur les fonct. judic., § 44 ; Wurt., loi de 1876, art. 108 ; Bavière, loi sur la discipline des juges, du 26 mars 1881, § 59 ; Saxe, loi du 20 mars 1880, § 47.

(2) R. B. G., § 126. Prusse, loi de 1852, § 49 ; loi de 1851, § 43 ; Wurt., loi de 1876, art. 109.

(3) Loi sur l'org. jud., § 129, al. 2 ; Loi du 6 juin 1870, § 43.

l'Office fédéral pour l'Indigénat, lorsqu'il y a contre eux introduction de procédure en destitution. La suspension est alors prononcée par une décision plénière du Tribunal de l'Empire ou de l'Office; sur la demande du ministère public (1).

2° Contre les fonctionnaires administratifs, quand une procédure pénale ou disciplinaire est introduite contre eux, ou bien au cours de l'une de ces deux procédures si la mesure paraît justifiée. La suspension dure jusqu'à ce qu'une décision définitive soit intervenue.

L'autorité compétente pour décider la suspension préalable, en ce qui concerne les fonctionnaires d'Empire, est l'autorité centrale dont ils dépendent (2). Si cependant il y a péril en la demeure, des autorités moins élevées peuvent interdire provisoirement l'exercice de la fonction, sous l'obligation d'en référer immédiatement à l'autorité centrale. Tel serait le cas par exemple si l'on suspectait un fonctionnaire de vols continus, ou s'il menait une conduite trop manifestement scandaleuse. Il n'y a pas alors de véritable suspension; c'est l'autorité centrale seule qui peut transformer cette mesure provisoire en suspension régulière (3).

En Prusse c'est l'autorité compétente pour décider l'introduction de procédure formelle qui a compétence également pour prononcer la suspension préalable (4).

Une voie d'appel est réservée aux magistrats prussiens frappés de suspension provisoire par un Sénat disciplinaire de Cour d'appel; ils peuvent se pourvoir devant le Grand

(1) Loi sur l'org. jud., § 129, al. 1; loi du 6 juin 1870, § 43.

(2) R. B. G., § 127.

(3) R. B. G., § 127, 131. Prusse, loi de 1852, § 54; Saxe, loi de 1876, § 37; Bade, loi de 1888, § 125; Hesse, loi de 1880, art. 39.

(4) Prusse, loi de 1852, § 51.

Sénat disciplinaire de Berlin (1). Mais la décision est exécutée provisoirement.

2. *Effets de la suspension préalable.* — La suspension préalable a pour effet non seulement de supprimer pour sa durée, par rapport à celui qui en est l'objet, le devoir d'exercice effectif de la charge, mais encore de le lui interdire et de lui retirer l'autorité qui y est attachée. Mais la qualité de fonctionnaire subsistant, tous les autres devoirs du fonctionnaire subsistent ; il reste pleinement soumis à la puissance disciplinaire de l'État.

Par rapport à ses droits, la suspension n'exerce une influence que sur son traitement. Ce dernier reste dû intégralement au fonctionnaire jusqu'à la fin de la suspension, mais il n'est payé que pour partie. La moitié en est retenue à partir de la fin du mois pendant lequel la suspension a été prononcée (2). Cette retenue peut être réduite au $\frac{1}{4}$, si le fonctionnaire est dans le besoin. Lorsqu'il s'agit de fonctionnaire en disponibilité ne touchant que le traitement réduit, et suspendu à raison d'un jugement non définitif portant destitution, la retenue n'est que du $\frac{1}{4}$ du traitement de disponibilité (3). Le but de la retenue est de couvrir l'État des frais de la procédure, en cas de condamnation du fonctionnaire, sans avoir besoin d'employer contre lui une poursuite judiciaire qui pourrait rester vaine. Aussi les retenues ne sont-elles pas acquises définitivement à l'État.

(1) Prusse, loi de 1851, § 47. Ce droit d'appel appartient aussi au ministère public.

(2) R. B. G., § 128, al. 1, 2, 3. Prusse, loi de 1852, § 51 ; loi de 1851, § 48.

(3) R. B. G., § 132, al. 1.

1° S'il y a acquittement, la totalité des retenues doit être restituée au fonctionnaire (1).

2° S'il est puni d'une peine disciplinaire simple, on ne lui retient que les frais de l'enquête préliminaire et le montant de l'amende s'il y a lieu ; il n'a pas à supporter les frais de son remplacement (2).

3° S'il est condamné à une peine de relégation de la fonction, il supporte tous les frais de la procédure et ceux de son remplacement : les seconds ne sont garantis à l'État que par le traitement retenu, et ne peuvent être répétés au delà de cette somme ; au contraire le fonctionnaire est débiteur sur le reste de son traitement et même sur sa fortune personnelle de tous les autres frais (3). Les retenues non employées à couvrir les frais doivent être rendues au fonctionnaire, même s'il y a eu destitution : il peut exiger la justification des comptes, mais il ne peut les attaquer que par plainte administrative et non en justice (4-5).

(1) R. B. G., § 130, al. 1. Prusse, loi de 1852, § 53, al. 1 ; loi de 1851, § 50.

(2) R. B. G., § 130, al. 2. Prusse, loi de 1852, § 53, al. 2 ; loi de 1851, § 50.

(3) R. B. G., § 128, al. 4. Prusse, loi de 1852, § 51, al. 3.

(4) R. B. G., § 129. Prusse, loi de 1852, § 52. Par contre, la loi prussienne sur les fonctionnaires judiciaires de 1851, § 49, décide qu'ils n'ont pas droit au remboursement de retenues non dépensées par l'Etat lorsqu'ils sont condamnés à une peine de déplacement ou de destitution : ils ne peuvent en conséquence exiger aucun compte.

(5) Toute la législation française concernant les questions qui ont été étudiées dans ce chapitre se résume malheureusement en un mot : l'*arbitraire*. Aucun texte, ni loi, ni même simple décret, ne limite le pouvoir d'un ministre sur ses fonctionnaires : il les déplace, les met en disponibilité, les punit ou les renvoie, en vertu d'un droit péremptoire, sans condition et sans appel ; seuls les fonctionnaires judiciaires et quelques autres catégories de fonctionnaires d'ordre technique ont obtenu des garanties de stabilité. Voir à ce sujet le chap. XI.

CHAPITRE IX

DROITS DES FONCTIONNAIRES (1).

Dans tout rapport contractuel les droits correspondent aux devoirs. Nous avons étudié les devoirs des fonctionnaires et la sanction de ces devoirs par la voie disciplinaire ; il reste à examiner leurs droits et la mise en valeur de ces droits.

Les droits attachés au service public sont les suivants : la protection de l'État pour les actes accomplis par le fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions, le droit au titre et au rang liés à la fonction, enfin l'entretien pécuniaire du fonctionnaire pendant toute sa vie, pour lui et sa famille.

Au contraire le fonctionnaire n'a aucun droit à l'exercice effectif d'une charge déterminée, ou de la puissance publique qui y est attachée. On a vu qu'il peut toujours être déplacé et qu'il peut aussi, dans bien des cas, être mis en disponibilité par l'administration : c'est la preuve évidente qu'il a simplement droit aux avantages liés à la charge ; la puissance publique qu'elle comporte appartient exclusivement à l'État qui la délègue à son gré (2).

(1) Cf. Laband, *op. cit.*, I, § 49, p. 450-467 ; G. Meyer, *op. cit.*, § 150, p. 462-466 ; Seydel, *op. cit.*, II, p. 229-269 ; Harseim, dans le *Dictionnaire administratif* de Stengel, articles *Besoldung*, *Pension*, *Tagegelder*, *Wartegeld*, *Witwen-u. Waisenpensionen*.

(2) Les anciens auteurs ne connaissaient pas la distinction entre la personnalité officielle et l'emploi : ils admettaient que le fonctionnaire a un droit

Tous les droits des fonctionnaires portent le caractère de droit public, car ils ont tous ainsi qu'il a été dit au chapitre III (p. 97 et suiv.) directement ou indirectement pour but l'intérêt de l'État. La chose est évidente par rapport à la protection spéciale dont l'État couvre le fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions. Quant aux autres droits des fonctionnaires, ils semblent de prime abord profiter exclusivement à ces derniers. Le droit au titre et au rang est purement honorifique, les droits pécuniaires au contraire font partie de leur patrimoine privé et peuvent être défendus en justice dans la forme ordinaire, par eux ou par leurs héritiers. C'est ce qui les a fait considérer souvent comme de droit privé, mais cette façon de voir ne tient pas compte des raisons pour lesquelles l'État a garanti tous ces droits au fonctionnaire, raisons qui sont l'impossibilité de recruter autrement un nombre suffisant de fonctionnaires, et le besoin d'être représenté par eux dignement.

De ce que la plupart de ces droits sont défendables en justice comme des droits privés, il n'en résulte pas qu'ils soient privés ; il existe bien d'autres droits publics défendables de la même façon, par exemple la nationalité.

effectif à accomplir les actes de sa fonction. Cf. Seuffert, *Von dem Verhältnisse des Staates und der Diener des Staates gegeneinander im rechtlichen und politischen Verstande*, Würzburg, 1793, p. 115 ; Gönner, *Deutsches Staatsrecht*, Landshut, 1804, § 425, p. 707-708 ; Bluntschli, *Allgemeines Staatsrecht* (4^e édit.), II, p. 132.

§ 1. — Droits des fonctionnaires.

I. — *Droit à la protection de l'État dans l'exercice de la fonction.*

Les fonctionnaires en tant que personnes privées sont protégés comme tous les autres citoyens contre les injures, attaques, menaces, etc., des tiers ; mais ils jouissent comme personnes publiques, d'une protection plus étendue. En les protégeant ainsi, l'État se garantit lui-même et se fait respecter.

Le Code pénal de l'Empire allemand punit (§§ 113 et 114) certains actes accomplis contre des fonctionnaires, et ce Code s'appliquant à tout l'Empire, peu importe qu'il s'agisse de fonctionnaires impériaux, médiats ou immédiats, de fonctionnaires d'États, ou même de fonctionnaires communaux (1). En vertu du paragraphe 113, est punissable d'un emprisonnement de 14 jours à 2 ans « quiconque fait opposition, soit par force, soit par menace, à un fonctionnaire appelé par l'exercice légal de ses fonctions, à exécuter les lois, les ordres et injonctions des autorités administratives, ou les jugements et ordonnances des tribunaux ; ou quiconque attaque en fait un tel fonctionnaire dans l'exercice légal de ses fonctions ».

La peine est au maximum de 3 mois de prison (§ 114) contre « quiconque essaie par force ou menace de contraindre une autorité ou un fonctionnaire à entreprendre ou à abandonner un acte de son ressort (2) ».

(1) Code pénal, § 359.

(2) Le Code pénal français punit les mêmes actes contre des fonctionnaires judiciaires, de 2 à 5 ans de prison ; et contre les fonctionnaires administra-

II. — *Droits honorifiques.*

Les fonctionnaires ont droit à leur titre et à leur rang.

1. Le titre est le nom attaché directement à la fonction : le fonctionnaire le porte tant qu'il remplit la fonction ; il le garde le plus souvent après sa mise à la retraite en y ajoutant la qualité « en retraite » (*A. D., ausser Dienst*).

Les fonctionnaires nommés directement par l'Empereur, c'est-à-dire les fonctionnaires immédiats d'Empire portent en outre la qualité d'impériaux (*Kaiserliche*) (1).

Le titre d'Excellence appartient dans l'administration civile de Prusse aux ministres, aux conseillers intimes actuels (*wirkliche Geheime Räte*), aux présidents supérieurs de provinces pendant la durée de leur fonction, et aux secrétaires d'État (2). Lorsque la fonction comporte un uniforme, le fonctionnaire a le droit et en même temps le devoir de porter cet uniforme ainsi que l'arme qui en fait partie (sabre, épée, etc.). Le port illégal en est puni par le Code pénal de l'Empire jusqu'à 150 francs d'amende (§ 360, n° 8). Les uniformes et les titres sont réglés pour l'Empire par des ordonnances de l'Empereur (3).

tifs, de 1 mois à 3 ans de prison et de 16 à 500 francs d'amende (art. 228 et 230). S'il en est résulté des blessures ou maladies, ou mort du fonctionnaire, la peine peut aller jusqu'à la mort (art. 231-233). Le Code pénal français punit en outre les simples outrages contre les fonctionnaires dans l'exercice de leurs fonctions (art. 222-227) tandis que le Code pénal allemand ne les prévoit plus : il en était autrement de l'ancien Code pénal prussien (§ 102).

(1) Décision du 3 août 1871.

(2) Décision du 5 mai 1888, décision du 27 avril 1889.

(3) R. B. G., § 17. Une ordonnance réglant les uniformes de gala a été rendue le 16 décembre 1887 mais non publiée : il n'est pas encore intervenu d'ordonnance concernant les rangs des fonctionnaires d'Empire.

2. Il faut distinguer quant au rang, le rang de la fonction et le rang personnel. Le rang du fonctionnaire dans la fonction est déterminé par la hiérarchie des autorités administratives entre elles (voir chap. VI, p. 177).

Au contraire le rang personnel peut être plus élevé que le rang de la fonction. Il est accordé dans ce cas par acte individuel à chaque fonctionnaire. Il y a doute cependant pour savoir si la législation d'Empire connaît les rangs personnels. Aucune disposition légale dans ce sens n'a établi de catégories ou de classes, bien que quelques ordonnances impériales aient accordé à certains fonctionnaires des Postes, des rangs pris dans la hiérarchie civile prussienne. L'amour bien connu des Allemands pour un rang et pour un titre officiel, qui a déjà été plaisanté par Kotzebue, dans sa « Petite Ville », trouve son expression la plus raffinée dans une ordonnance prussienne du 7 février 1817 (contemporaine du poète par conséquent). Cette ordonnance, avec ses innombrables compléments, forme un véritable recueil du protocole (1). Elle divise les hauts fonctionnaires des autorités centrales (Ministères) en 3 classes :

A la première appartiennent les chefs et directeurs des divers ministères et de leurs sections ; elle ne comprend que des personnages portant le titre de conseillers intimes actuels (*Wirkliche geheimen Rätthe*) parmi lesquels les conseillers intimes actuels de l'amirauté (2) qui sont devenus depuis des fonctionnaires impériaux, bien qu'ils continuent

(1) On en trouvera le texte avec tous les compléments dans la revue *Monatschrift für deutsche Beamte*, article *Amtstitel und Rangordnung der Beamten*, du 15 mai au 1^{er} juillet, 1898, p. 232 et suiv., 258 et suiv., 285 et suiv., et 305 et suiv.

(2) Décret du 18 août 1856.

à jouir du même rang prussien. Il en est de même pour le Grand Maître des Postes, aujourd'hui Secrétaire d'État à l'Office des Postes de l'Empire. Appartiennent encore à la première classe les conseillers intimes de cabinet, le 1^{er} président de la Chambre supérieure des comptes de Prusse, le 1^{er} président du tribunal supérieur administratif, le 1^{er} président de la Cour d'appel de Berlin (*Kammergericht*), les secrétaires d'État et les présidents supérieurs des provinces. Une grande partie de ces fonctionnaires obtiennent en outre le prédicat d'Excellence et ont alors rang de Ministres.

La 2^e classe comprend la plupart des conseillers rapporteurs auprès des divers ministères (*Vortragende Râthe*) qui n'ont sauf exception que le titre de conseillers intimes (*Geheime Râthe*). A cette classe appartiennent les présidents de régence, les présidents de chambres de la Cour d'appel de Berlin, les premiers présidents des autres Cours d'appel, les directeurs de la Chambre supérieure des Comptes, les recteurs des Universités pour la durée de leurs fonctions, le directeur de la police à Berlin, les membres du tribunal supérieur administratif, et quelques autres fonctionnaires. A la 2^e classe appartiennent également deux fonctionnaires d'Empire : ce sont l'aumônier en chef du contingent prussien (*Feldprobst*) (1) et l'auditeur général de l'armée (2) qui tous deux sont devenus fonctionnaires médiats d'Empire.

La 3^e classe comprend quelques Conseillers rapporteurs avec le titre de Conseillers intimes, le Directeur général de la monnaie, les Conseillers des comptes, et un certain nombre d'autres fonctionnaires. Les fonctionnaires des

(1) Décret du 3 décembre 1832.

(2) Décret du 13 mai 1833.

deux premières classes jouissent seuls du droit d'être reçus à la cour (*Hoffähigkeit*).

Les hauts fonctionnaires des autorités collégiales provinciales sont répartis en 5 classes, dont la 1^{re} est composée par les Présidents supérieurs des Provinces, et la 5^e par les Assesseurs. Entre ces 5 classes sont réparties toutes les fonctions supérieures de l'État prussien. Des décrets impériaux ont accordé aux conseillers des Postes et aux conseillers supérieurs des Postes l'assimilation à la 4^e classe des autorités provinciales prussiennes, mais avec la réserve que les Conseillers supérieurs auraient la préséance ; et la 3^e classe aux Directeurs supérieurs des Postes (1).

En Wurtemberg également les rangs sont réglés avec le plus grand soin : en vertu d'une ordonnance du 18 octobre 1821, il est créé 10 classes de fonctionnaires, parmi lesquels les 2 premières portent le titre d'Excellence, et les 4 premières obtiennent la noblesse personnelle non héréditaire ainsi que le droit de réception à la cour. Quand plusieurs fonctionnaires de diverses administrations agissent ensemble, leur préséance n'est pas réglée par leur rang personnel, mais par celui de leurs administrations (2).

III. — *Droits pécuniaires des fonctionnaires.*

La partie la plus importante des droits des fonctionnaires est celle qui touche à leur fortune et à leurs moyens d'existence. Consacrant tout leur temps et toutes leurs forces au service de l'État, ils n'ont pas la possibilité de s'enrichir, ou même de s'entretenir en se contentant de

(1) Décrets du 1^{er} avril 1871 et du 22 février 1882.

(2) Ordonnance du 18 octobre 1821, § 1-9.

l'honneur attaché à leur emploi. L'État est ainsi obligé de subvenir à leurs besoins, et ce devoir s'étend non seulement à leur période d'activité, mais encore après leur mise à la retraite, à leur vieillesse, et non seulement à leur personne, mais encore à leur famille, lorsqu'elle a perdu son chef ; il y a donc des droits pécuniaires qui sont propres au fonctionnaire lui-même : ce sont le traitement avec ses accessoires et la pension de retraite : il y en a d'autres qui appartiennent à sa famille : ce sont les termes de grâce et les pensions de veuves et d'orphelins.

A. DROITS PERSONNELS DU FONCTIONNAIRE.

1. *Traitements*. — a) Nature du traitement. — Il y a doute sur la nature véritable du traitement ; on ne peut le considérer comme un *salarium* puisque le service public n'est pas un contrat de louage. Laband et la plupart des auteurs le désignent sous le nom de rente liée à la fonction, ou de rente alimentaire professionnelle en rapport avec le rang du fonctionnaire (1). Au contraire Seydel nie qu'une pareille dénomination constitue un caractère juridique suffisant, car il faudrait pour cela que le fonctionnaire puisse contraindre l'État en justice à lui accorder un traitement proportionné à sa fonction et à son rang, ce qui n'est pas le cas. Le seul nom que l'on puisse donner au traitement serait, d'après Seydel, celui de contre-prestation de l'État dans

(1) Dans ce sens se déclaraient déjà les anciens auteurs comme Gönner, *Der Staatsdienst aus dem Gesichtspunkt der Nationalökonomie*, Landshut, 1808, p. 101, 145. Cette opinion est soutenue aujourd'hui par G. Meyer, *op. cit.*, § 150, p. 462-63 ; Laband, *op. cit.*, I, p. 435 ; Harseim, article *Besoldung* dans le *Dict.* de Stengel, I, p. 184 ; Jellinek, *op. cit.*, p. 172 ; Löning, *op. cit.*, p. 131 ; Zorn, *op. cit.*, I, p. 318 ; Pieper, *op. cit.*, p. 24, note 6 ; Wach, *Handbuch des deutschen Civilprocessrechts*, I, p. 96 ; Sarwey, *Württ. Staatsrecht*, t. II, p. 295.

le contrat de service public, en échange de l'engagement du fonctionnaire à exercer la fonction. La différence entre cette contre-prestation et celle d'un patron privé dans le contrat de louage serait que dans le premier cas il s'agit d'un intérêt public, tandis que dans le deuxième l'intérêt privé est seul en jeu (1).

Cette dernière théorie nous semble plus en rapport avec la réalité que celle de Laband ; si le traitement est vraiment une rente liée à la fonction, ayant le caractère alimentaire, on ne s'explique pas comment il se fait qu'il y ait des fonctions sans traitement, et que ce dernier ne soit pas un élément essentiel du service public (2). Si l'on objecte qu'une rente alimentaire ne doit être payée que là où le besoin s'en fait sentir, on pourra répondre qu'il faudrait alors une vérification attentive pour chaque fonctionnaire entrant en fonction : une rente alimentaire, d'ailleurs, doit être proportionnée aux besoins de celui qui en est le titulaire, ce qui n'est pas le cas puisque le traitement est le même, qu'un fonctionnaire soit célibataire ou chargé d'une nombreuse famille.

D'après l'explication de Seydel, au contraire, le traitement n'étant qu'une contre-prestation stipulée par contrat, peut manquer en l'absence de stipulation.

b) Montant du traitement, augmentations à l'ancienneté.
— α) Le montant du traitement dépend de la position occupée par le fonctionnaire ; le mode le plus ordinaire de fixation est celui qui consiste à établir pour chaque poste de fonctionnaire un maximum et un minimum entre lesquels oscillent les traitements payés par l'État, et c'est

(1) Cf. Seydel, *op. cit.*, II, p. 237-239.

(2) Cf. Otto Mayer, dans la revue *Archiv. für öffentliches Recht*, t. III, p. 70 et suiv.

d'une façon plus ou moins arbitraire que le fonctionnaire reçoit une augmentation. Les traitements figurent alors au budget de chaque administration en multipliant le traitement moyen de chaque place par le nombre des fonctionnaires qui le touchent. Telle est encore aujourd'hui la pratique dans presque tous les États allemands.

β) En Prusse cependant, le gouvernement a introduit une innovation curieuse, et qui mérite la peine d'un examen détaillé en raison de son originalité : c'est le traitement à l'ancienneté (1).

Les traitements ne sont plus fixés entre un maximum et un minimum spécial à chaque poste, mais ils dépendent de l'ancienneté comptée depuis l'entrée au service. A cet effet, on a calculé dans les diverses administrations le temps moyen que met un fonctionnaire depuis sa nomination définitive à une place budgétaire (c'est-à-dire avec traitement minimum), jusqu'au moment où il touche le maximum, non pas de la place dans laquelle il entre, mais de celle que les fonctionnaires de son rang atteignent ordinairement à la fin de leur carrière. Ce temps varie naturellement avec les différentes branches du service public : la moyenne de ces calculs a donné pour la plupart des catégories de fonctionnaires une période de 24 ans, sauf pour les places subalternes à traitements assez bas, pour lesquelles le maximum peut être atteint en 12 ans, quelquefois en 15 ou 18. C'est dans les limites de cette période que le fonctionnaire doit régulièrement, d'après la nouvelle organisation, atteindre le maximum de son traitement, et cela par augmentations périodiques tous les trois ans ; les

(1) Cf. Young, *op. cit.*, p. 113-120 ; *Monatschrift*, 1891, p. 144 et 291 ; 1892, p. 71 et suiv., 496, 532 ; 1893, p. 13, 74, 109, 227, 560 ; 1894, p. 58-62 ; 1895, p. 79.

sommes ainsi accordées portent le titre d'augmentations à l'ancienneté (*Dienstalterszulagen*) et sont calculées non pas en divisant uniformément la différence du maximum au minimum des traitements par le nombre de fois 3 ans que contient cette période de 12, 15, 18 ou 21 ans, mais de façon à ce que les premières augmentations soient plus fortes que les dernières : le traitement augmente ainsi plus rapidement pendant les premières années pour rester presque stationnaire dans les dernières. Il s'ensuit que le fonctionnaire touche plus vite des sommes importantes mais n'atteint plus toujours les traitements qu'il eût atteints d'après l'ancien système.

Pour mieux faire comprendre ce mode de calcul, nous prendrons comme exemple les résultats qu'il donne pour certains fonctionnaires : les commis ordinaires, qui sont des fonctionnaires moyens et dont le traitement varie entre un minimum d'entrée de 2100 marks et un maximum général de 3000 marks qu'ils peuvent atteindre après 21 ans de service ; nous aurons :

Après un nombre d'années de service de.....	jusqu'à 3	3	6	9	12	15	18	21 et plus
Une augmentation de.....	»	150	150	150	150	100	100	100
C'est-à-dire que le traitement total sera de.....	2100	2250	2400	2550	2700	2800	2900	3000

Le but de cette institution est de rendre la situation pécuniaire du fonctionnaire indépendante de sa situation hiérarchique ; l'augmentation, auparavant, ne pouvait intervenir pour un fonctionnaire qui avait atteint le maximum de son poste que par sa nomination à un poste plus élevé, ce qui n'était possible qu'au cas où un pareil poste devenait vacant ou par une augmentation nuisible et dangereuse du nombre des places inscrites au budget. Cette ins-

titution a été appliquée d'abord aux fonctionnaires judiciaires prussiens par une ordonnance du 16 avril 1879; quelques années après, elle a été introduite par l'administration des chemins de fer prussiens dans son budget de 1883-84. Dès le 1^{er} avril 1883 on l'étendait à 25.500 fonctionnaires des chemins de fer, et d'après le budget de 1891-92 elle s'appliquait à 84.000 fonctionnaires de la même administration (1). Les résultats en ayant semblé bons, les autres administrations civiles prussiennes se sont décidées à l'expérimenter. Elle a été d'abord appliquée aux fonctionnaires subalternes par circulaire du 11 mars 1892, puis aux fonctionnaires moyens et aux fonctionnaires supérieurs par circulaires du 16 mars 1893 et du 9 mars 1894 (2), si bien qu'aujourd'hui elle est universelle en Prusse. L'Empire suivit bientôt cet exemple par un mémoire adjoint au budget de 1893. Cela s'applique à tous les fonctionnaires subalternes et aux commis; l'administration des Postes, la plus importante de l'Empire, en est encore exclue en raison des difficultés financières qu'engendre une pareille modification; mais il est à prévoir que bientôt toutes les administrations seront dotées des mêmes avantages. Déjà quelques autres États ont manifesté l'intention de suivre ce mouvement, par exemple Schwarzbourg-Rudolstadt. En Alsace-Lorraine la question est à l'étude; en Hesse l'amélioration de la situation pécuniaire des fonctionnaires est à l'ordre du jour également. En Saxe quelques administrations pratiquent en fait, sans y être contraintes par des

(1) *Monatschrift*, 1891, p. 144.

(2) Voir *Preussisches Ministerialblatt für innere Verwaltung*, 1892; *Denkschrift betr. die Regelung der Gehälter der etatsmässigen Unterbeamten nach Dienstalterstufen*, p. 169 et suiv.; 1893, p. 73-92; 1894, p. 56-63.

dispositions réglementaires, l'augmentation par ancienneté du temps de service.

Il faut remarquer enfin que le fonctionnaire, sauf dans l'administration de la justice de Prusse, n'a pas un droit défendable en justice à cette augmentation : elle ne peut lui être assurée par l'acte de nomination. Lorsque sa conduite donne lieu à des reproches, l'augmentation peut lui être refusée, mais en avertissant les autorités supérieures et seulement pour la durée de la cause qui justifie le refus. La prolongation d'une des périodes de 3 ans doit cependant être comptée sur la période suivante qui se trouve alors raccourcie. Les juges seuls ont sur l'augmentation un droit qui ne peut leur être retiré (1).

L'augmentation est payée à partir du 1^{er} terme trimestriel qui suit l'achèvement des 3 années réglementaires de l'échelon où se trouve le fonctionnaire. Son temps de service est compté à partir du jour de la nomination (2).

γ) La pratique de l'augmentation par ancienneté depuis l'entrée au service, est encore en pleine période de mise en application, et il est difficile de la juger sainement quant à présent ; malgré sa date récente, elle a cependant été l'objet déjà de critiques sérieuses.

D'abord, l'administration en la préconisant, espérait qu'elle n'entraînerait aucune surcharge budgétaire, car elle pensait combler par la moins rapide augmentation du traitement dans les dernières années d'activité du fonctionnaire, les augmentations élevées du début (3). C'est un es-

(1) Loi prussienne pour l'exécution de la loi sur l'organisation judiciaire de l'Empire du 24 avril 1878, §§ 9 et 10.

(2) Circulaire pour la marine du 29 mars 1893, *Monatschrift*, 1893, p. 227. Circulaire du 9 mars 1894, concernant les hauts fonctionnaires prussiens. *Pr. Ministerialblatt f. innere Verwaltung*, 1894, p. 56.

(3) Circulaire du 11 mars 1892, *Pr. Ministerialblatt*, 1892, p. 159 et suiv.

poir qui ne s'est pas réalisé et qui s'est soldé dans les budgets par des sommes supplémentaires importantes. En outre, l'innovation donne lieu à des difficultés assez sérieuses, lorsqu'un fonctionnaire change d'administration ou de service. Des circulaires nombreuses ont dû régler la question pour éviter qu'il n'en résulte une réduction de traitement chez le fonctionnaire déplacé (1). On lui compte dans ce cas sur la période de 3 ans au bout de laquelle il doit être augmenté, le temps passé dans l'ancienne place depuis la dernière augmentation. Ces difficultés rendent un pareil système moins apte à être appliqué à des hauts fonctionnaires dont la situation varie souvent, qu'à des subalternes qui font en général toute leur carrière sur place. Il réduit également leur avancement en grade, dans ce sens que l'administration se considère comme moins tenue de les faire avancer, puisque leur situation pécuniaire est garantie ; c'est une raison qui disparaît de pensionner rapidement les vieux fonctionnaires.

On s'est plaint aussi de l'inégalité des traitements des fonctionnaires de diverses branches exigeant à peu près les mêmes capacités, le même travail et comportant les mêmes responsabilités, par suite du calcul des diverses périodes du minimum au maximum, qui fait obtenir aux uns plus rapidement qu'aux autres les augmentations (2). C'est là un inconvénient qu'on arrivera peut-être à réduire à la longue, et qui d'ailleurs n'est pas spécial au nouveau calcul de l'augmentation. Enfin il n'est pas sans intérêt au point de vue de son avenir de savoir comment on considérera ces augmentations. Les rendre obligatoires

(1) Circulaires du 19 juin 1892 et du 16 mars 1893, *Preuss. Ministerialblatt*, 1892, p. 252 et suiv., et 1893, p. 92.

(2) Cf. *Monatschrift*, 1895, p. 79.

pour l'État est une mesure pleine de danger, tout au plus applicable aux fonctionnaires de l'ordre judiciaire, car l'espoir d'un avancement étant beaucoup réduit, l'émulation des fonctionnaires diminuera ; ils se borneront à éviter les actes véritablement coupables entraînant des punitions disciplinaires. Les rendre purement facultatives, c'est en faire une voie pénale détournée qui affaiblira l'action des voies disciplinaires ordinaires, et qui ne sera pas limitée par les mêmes garanties (1) ; c'est pourquoi les circulaires décident qu'avant de refuser une augmentation à un fonctionnaire, il faut en rendre compte à l'autorité supérieure.

Quoi qu'il en soit, et malgré ces critiques encore incertaines, on ne peut nier que la nouvelle institution constitue un essai très louable de progrès, dont les fonctionnaires semblent très heureux, et qui n'a pas encore manifesté d'inconvénients graves. Il sera donc intéressant d'en suivre le progrès, mais il ne faudra pas perdre de vue les résultats statistiques que donnera la comparaison des budgets, afin de savoir si un pareil calcul des traitements n'est pas lié à des charges financières trop lourdes.

c) Législation sur les traitements. — α) Le traitement commence à courir au jour de l'installation du fonctionnaire et non pas au jour de sa nomination ou de sa prestation de serment ; l'augmentation court du jour où elle est accordée (2).

En Saxe les fonctionnaires prennent en main leur service au 1^{er} du mois qui suit celui de la prestation de serment : c'est donc de ce jour que commence à courir leur

(1) Cf. Young, *op. cit.*, p. 118-120.

(2) R. B. G., § 4, al. 2. Si l'acte de nomination indique qu'une autre date doit être adoptée, le clause lie l'administration.

traitement. Toute augmentation part également du 1^{er} du mois qui suit (1).

β) Les traitements sont payés à l'avance dans tous les États allemands, sauf en Bade ; ils sont réglés par mois ou par trimestre, dans l'Empire ils le sont par mois, mais le Bundesrat peut décider que les paiements seront trimestriels ; en Prusse ils le sont par trimestre ; le mois payé reste acquis au fonctionnaire (2).

γ) Le droit au traitement est influé par un certain nombre d'événements que nous avons déjà étudiés. Il est réduit pour des motifs administratifs en cas de mise en disponibilité provisoire ou de congé prolongé, et pour des motifs disciplinaires en cas de suspension ou de déplacement par voie disciplinaire. Il cesse provisoirement en cas d'absence non autorisée pendant toute la durée de l'absence, et définitivement au jour de la destitution disciplinaire, ou de la démission acceptée. Il est remplacé après le pensionnement du fonctionnaire, par la pension de retraite ; après sa mort, s'il y a lieu, par les pensions de veuves, d'orphelins ou d'ascendants. Dans ces deux derniers cas, le traitement ou la pension continuent à être payés en entier, encore pendant un certain temps. Pour le traitement, durant 3 mois dans l'Empire et en Prusse, 1 mois en Wurtemberg et en Bade ; pour la pension, pendant 45 jours en Wurtemberg et 1 mois dans le reste de l'Allemagne (3).

δ) Le traitement, ressemblant sous certains rapports à une rente alimentaire, n'est saisissable ou cessible que dans une certaine mesure.

(1) Saxe, loi du 7 mars 1835, § 11.

(2) R. B. G., § 5. Prusse, loi du 6 février 1881, § 1 ; Wurt., loi de 1876, art. 12 ; Bade, loi de 1888, § 86.

(3) Voir plus loin, p. 310 et 313.

D'après le Code de procédure de l'Empire (§ 749, n° 8) le traitement inférieur à 1500 marks est entièrement soustrait à la saisie. S'il est supérieur à cette somme il n'est saisissable que pour le 1/3 de ce qui la dépasse. Les frais de représentation de tous les fonctionnaires et les indemnités de logement des fonctionnaires militaires (*Servis*) ne sont jamais saisissables : en contre les indemnités de logement et les autres accessoires du traitement des fonctionnaires civils sont comptés dans le montant du traitement. Le traitement payé se confondant avec les biens meubles saisissables du fonctionnaire, pour éviter la saisie du traitement par cette voie, le paragraphe 715, n° 7, du Code de procédure civile prescrit de laisser indemne une somme équivalant au traitement non saisissable pour le nombre de jours qui reste à courir jusqu'au paiement du traitement.

Quant à la cessibilité des traitements, elle n'est pas réglée par une disposition applicable à tout l'Empire, mais par des dispositions locales, qui, en général, ne la permettent que dans la mesure où ils sont saisissables (1).

Les fonctionnaires ne peuvent déroger à ces règles ni renoncer à ces garanties qui sont d'ordre public (2).

(1) R. B. G., § 6. Saxe, loi exécutive pour le Code de procédure civile du 4 mars 1879, § 4 ; Wurt., loi de 1876, art. 13 ; Bade, loi de 1888, § 87.

(2) Les traitements, *en France*, comprennent en général plusieurs degrés pour chaque fonction, variant selon le travail et l'ancienneté des fonctionnaires : l'augmentation sur place, indépendamment de l'avancement hiérarchique, y est pratiquée dans quelques branches, mais à titre exceptionnel, par exemple par rapport aux gouverneurs de colonie qui ont un rang et un traitement personnel. Il est fort à souhaiter que cette mesure soit étendue le plus possible, de façon à approcher du système allemand des augmentations à l'ancienneté.

Le traitement comprend quelquefois une partie fixe et une partie variable ; tel est le cas pour les Conseillers référendaires et les auditeurs-

2. *Accessoires du traitement.* — a) Logement. — α) Dans bien des cas le fonctionnaire jouit, outre son traitement, d'un logement attaché à la fonction. Lorsqu'une place

rapporteurs à la Cour des Comptes, les Trésoriers-payeurs généraux, et les Chanceliers diplomatiques et consulaires. Les receveurs de l'enregistrement, des domaines et du timbre, et les conservateurs d'hypothèques n'ont pas de traitement fixe, mais des émoluments variables avec l'étendue des affaires qu'ils font.

Le droit au traitement commence, en France comme en Allemagne, au jour de l'installation s'il n'y a pas de disposition contraire dans l'acte de nomination. Il dure jusqu'au lendemain de la cessation définitive des fonctions ou de la mort du fonctionnaire. Notre législation ne connaît pas la prolongation des traitements usitée en Allemagne sous le nom de *termes de grâce* : le droit au traitement n'est cependant pas lié indissolublement à l'exercice effectif de la fonction : il continue pendant le congé ou la mise en disponibilité, quoique d'une façon réduite : il est payé au fonctionnaire par mois ou par trimestre, mais à terme échu, et non pas à l'avance comme en Allemagne. Pour être payé au fonctionnaire, il doit être liquidé, d'abord, ordonnancé ensuite et l'ordonnancement ou le mandat de paiement doit être envoyé au caissier ou receveur des deniers publics sur lesquels doit se faire le paiement.

Le paiement a lieu aujourd'hui intégralement en argent. Les fonctionnaires dont la résidence est à l'étranger (principalement ceux des affaires étrangères), peuvent se faire payer à un mandataire spécial à Paris, mais le plus souvent ils sont réglés par traites facilement négociables.

C'est la caisse publique, le trésor, qui paie les fonctionnaires : ils ne sont pas autorisés à se payer eux-mêmes, sur le produit des actes qu'ils dressent ou des revenus qu'ils encaissent, sauf les conservateurs d'hypothèques. Toute somme perçue est versée au trésor, qui paie toute créance ordonnancée.

Les traitements des fonctionnaires ne sont saisissables que pour partie : en vertu de la loi du 21 ventôse an IX ; ils sont soumis à la saisie « jusqu'à concurrence du $\frac{1}{3}$ sur les premiers 4.000 fr., et sur toutes les sommes au-dessous, du $\frac{1}{4}$ sur les 5.000 fr. suivants et du $\frac{1}{3}$ sur les portions excédant 6.000 fr., à quelque somme qu'elles s'élèvent et jusqu'à l'entier acquittement des créances ». Ce traitement est le traitement brut, y compris les indemnités, allocations, remises, taxations, etc., et non déduites les retenues pour la pension, mais non les frais de voyage ou indemnités de logement ou frais de premier établissement. Les traitements des fonctionnaires résidant à l'étranger sont entièrement insaisissables (Décret du 25 nov. 1810). Dans tous les cas le traitement est saisissable en entier pour le paiement des rentes d'aliment dues par le fonctionnaire (Décision de la Cour de Paris du 18 août 1842. Tribunal de la Seine du

budgetaire comporte logement de service, le fonctionnaire ne peut se refuser à l'occuper : il n'en peut être dispensé que par autorisation : un inventaire détaillé de l'état des lieux et des meubles est fait avant l'entrée dans le logement et au moment où le fonctionnaire le quitte. Ce dernier est obligé aux réparations locatives (1).

β) Le logement de service n'existe pas toujours. Il est remplacé alors par une indemnité de logement à laquelle ont droit les fonctionnaires qui occupent une place budgétaire, mais non ceux qui sont employés provisoirement ou sans rémunération, ou contre indemnité journalière, ou dont la résidence est à l'étranger : dans l'Empire les fonctionnaires des chemins de fer en sont exclus également (2). Le montant de l'indemnité de logement dépend

23 sept. 1839). Les traitements se prescrivent, comme toutes les créances contre l'Etat, dans le délai de 5 années à partir de l'ouverture de l'exercice auquel ils appartiennent, pour les créanciers domiciliés en Europe, et de 6 années pour les créanciers résidant hors du territoire européen (art. 9 de la loi du 29 juin 1831).

Le cumul des traitements subit en France des limitations importantes, tandis qu'il n'en existe aucune, faute de texte, dans les législations de l'Empire allemand et de la Prusse. En vertu de l'art. 78 de la loi du 28 avril 1816 : « Nul ne peut cumuler en entier les traitements de plusieurs emplois, dans quelque partie que ce soit ; en cas de cumul de deux traitements, le moindre doit être réduit de moitié ; en cas de cumul de 3 traitements, le 3^e doit en outre être réduit au 1/4 et ainsi en suivant cette proportion : toutefois les réductions dont il s'agit n'ont pas lieu sur les traitements cumulés qui sont au-dessous de 3000 fr. » Il y a exception pour les savants, artistes et gens de lettres, qui peuvent cumuler sans réduction, des traitements de plus de 3000 fr. jusqu'au total de 20.000 fr. (art. 20 de la loi du 8 juill. 1832). Les députés ne peuvent cumuler un traitement avec l'indemnité parlementaire que pour ce qui dépasse cette indemnité (art. 8, 9, 17 de la loi du 30 nov. 1875). Au contraire les sénateurs peuvent cumuler leur traitement et leur indemnité sans réduction (arrêté du conseil d'Etat du 26 janv. 1877).

Pour tout ce qui concerne les traitements en France, cf. Ferrand, *op. cit.*, p. 45-89.

(1) Prusse, Règlement du 26 juillet 1880, §§ 4, 7, 14.

(2) Empire, loi du 30 juin 1873, sur les indemnités de logement, §§ 1, 7, 9 ; Prusse, loi du 12 mai 1873, §§ 1 et 7.

à la fois du rang attaché à la fonction et du prix des logements au lieu où elle est fixée. Il y a dans l'Empire et en Prusse 5 classes d'indemnités de logement divisées chacune en 6 classes de lieux de séjour, dont la plus élevée est Berlin (1).

En Wurtemberg cette indemnité est réglée pour Stuttgart à raison de 9 % du traitement et des accessoires qui y sont assimilés, pour 27 autres villes à raison de 7 % et pour le reste du pays, de 6 % du même traitement (2).

En Bade les indemnités de logement sont divisées selon le rang de la fonction en six classes qui chacune comprennent 4 classes de lieux (3).

b) Frais de déplacement. — Le fonctionnaire en voyage de service ou déplacé par voie administrative, et même dans la plupart des États, par voie disciplinaire, a droit à une indemnité pour se couvrir de ses frais; cette indemnité comprend :

1° Son entretien pendant le voyage; 2° ses frais de transport et 3° une somme à titre de dédommagement pour son changement de logement s'il y a lieu.

α) Le fonctionnaire n'a droit aux frais de déplacement que si c'est pour raison de service et s'il quitte au moins le territoire de la commune.

La distance minimum qui soit considérée comme voyage est partout de 2 kil. 1/2, sauf en Bavière où elle est de 3 kil. Les journées de voyage, comptées de minuit à minuit, doivent faire avancer le fonctionnaire d'au moins 112 kil. 1/2 par route, 375 kil. par eau, ou 500 par chemin de fer (4). Il

(1) Tarifs adjoints aux deux lois précitées. Sur les fonctionnaires militaires, voir loi du 28 mai 1877.

(2) Décision du Ministère de la guerre du 18 décembre 1889.

(3) Loi du 9 juillet 1894, tarif annexé.

(4) Décr. imp. du 9 avril 1881.

touche une indemnité journalière de voyage, qui varie avec son rang; à cet effet les fonctions sont divisées comme pour le logement, en classes. Il y en a 7 dans l'Empire, 8 en Prusse, 9 en Saxe, 10 en Bavière; l'indemnité est calculée selon la classe, de 3 à 30 marks (en Bavière de 3 à 20 marks, en Bade avec augmentation de 10 % du 1^{er} octobre au 30 avril) (1).

ρ) Les frais de transport sont tantôt calculés à forfait, tantôt remboursés sur justification des dépenses réelles (2). D'après la législation d'Empire, de Prusse et d'Alsace, les hauts fonctionnaires reçoivent 13 pfennings, les fonctionnaires moyens 10 pfennings, les fonctionnaires subalternes 7 pfennings par kilomètre en chemin de fer; sur route l'indemnité est calculée par kilomètre à raison de 60, 40 ou 30 pfennings selon qu'il s'agit d'un haut fonctionnaire, d'un fonctionnaire moyen ou d'un fonctionnaire subalterne.

En Bavière, en Saxe, en Wurtemberg, en Bade, le fonctionnaire est remboursé de ses dépenses réelles.

γ) Les frais de déménagement sont réglés différemment selon les États. En Prusse et dans l'Empire ils dépendent de la catégorie du fonctionnaire, sans tenir compte suffisamment de ses charges véritables. Il y a 7 et 8 classes dont l'indemnité varie de 100 à 1.800 marks, sans compter les frais de transport qui varient selon la classe, de 1 à 24 marks par 10 kilomètres de distance parcourue: les fonctionnaires sans famille ne touchent que la moitié de

(1) Ord. imp. du 21 juin 1875, § 1 et circ. du Chancelier du 6 janvier 1876, complétée par ord. du 19 novembre 1879; Prusse, loi du 24 mars 1873, § 1; Bavière, ord. du 11 février 1875, §§ 6, 8, 9, dern. al.; Saxe, loi du 15 mars 1880, § 6; Bade, ord. du 5 novembre 1874, §§ 2 et 5, et tarif annexé.

(2) Empire, ord. du 21 juin 1875, § 4, I et II; Prusse, loi du 24 mars 1873, § 4, I et II.

ces frais (1). En Bavière, le calcul est beaucoup plus équitable, car il proportionne l'indemnité à la famille du fonctionnaire et distingue selon qu'il est seul, marié avec trois enfants au plus, et enfin marié avec plus de trois enfants (2). En Wurtemberg les fonctionnaires des trois premières classes de rang peuvent établir le compte de leurs dépenses véritables.

δ) Les dépenses du fonctionnaire lui sont payées sur pièces justificatives : il ne peut obtenir une avance sur les frais en perspective qu'en cas de besoin (3).

c) Indemnités diverses. — Il y a, dans certains cas, octroi d'indemnités spéciales, lorsque la fonction est particulièrement pénible et exige un supplément de travail ; ou d'indemnités de séjour si le fonctionnaire réside à l'étranger dans un lieu où la vie est chère ; ou d'indemnités personnelles, si le fonctionnaire déplacé par voie administrative n'obtient qu'une place dont le traitement est inférieur à l'ancien (on lui accorde alors une indemnité jusqu'au montant de l'ancien traitement) (4). Il y a encore des revenus accessoires attachés à la fonction, tels que frais de bureau, frais de représentation, frais d'entretien de chevaux ; quelquefois aussi il y a des revenus en nature, par exemple des rations de fourrage, de légumes, de chauffage, des effets corporels, uniformes, etc. Autrefois, une partie considérable du traitement était payée en nature, par exemple en blé dont la valeur était calculée

(1) Empire, ordonnance du 21 juin 1875, §§ 10 et 12 ; Prusse, loi du 24 février 1877, § 1.

(2) Bavière, ordonnance du 16 août 1817, §§ X, XIII et XV.

(3) Bavière, ordonnance du 16 août 1817, § XVI ; Wurt., ordonnance du 9 novembre 1886, § 7, al. 1.

(4) R. B. G., § 42, nos 2 et 3 ; Wurt., loi de 1876, art. 11, nos 2 et 3 ; Bade, loi de 1888, § 17, nos 3-6, § 25.

d'après les mercuriales. On pouvait en Hesse payer ainsi le quart du traitement jusqu'en 1851 (1-2).

3. *Pensions de retraite.* — Lorsque le fonctionnaire n'est plus en état de remplir ses fonctions, l'État ne se désintéresse pas de lui pour cela ; il lui continue, quoique sous une forme différente, sa rente annuelle ; c'est la pension de retraite, qui a le même caractère juridique que le traitement (voir plus haut).

La législation sur les pensions est rigoureusement la même, quoique créée par des lois différentes, pour les fonctionnaires de l'Empire, de la Prusse et d'Alsace-Lorraine ; elle est basée sur les mêmes principes, avec fort peu de modifications, en Wurtemberg et en Bade, enfin

(1) Aboli par les ordonnances du 23 juin 1821 et du 10 décembre 1851.

(2) Les traitements en France comportent également des accessoires variés. Beaucoup de fonctionnaires ont des logements gratuits de service : un état détaillé de ces logements est annexé au budget général annuel, après l'exposé des dépenses de chaque ministère. Quelques-uns de ces fonctionnaires ont même des logements meublés. Ils sont alors responsables de l'ameublement qu'ils doivent rendre conforme à l'inventaire qui en a été fait (loi du 10 août 1871, art. 83). Les fonctionnaires non logés reçoivent fréquemment des indemnités de logement. Ils touchent en outre des indemnités de nature diverse, telles que frais de tournée ou de déplacement, qui sont payés à raison des jours d'absence ou des distances, ou par abonnement ; ils touchent, s'il y a lieu, des frais d'entretien de cheval, des frais de bureaux, fixes le plus souvent. Il y a aussi des indemnités pour instruction spéciale ; c'est ainsi que les fonctionnaires de l'enseignement public qui ont le grade universitaire d'agrégé, touchent outre leur traitement normal une prime annuelle de 500 francs (Décr. du 26 janv. 1882) ; ceux qui sont licenciés touchent 300 francs (arrêté du 26 avril 1878) et les instituteurs dans certains cas de 100 à 200 francs. Les fonctionnaires coloniaux touchent une surpaye coloniale. D'autres fonctionnaires reçoivent des indemnités de premier établissement, par exemple ceux des missions diplomatiques et consulaires (régées par décret du 8 février 1896), les agents du service actif des douanes et les gardes forestiers. Il en était de même autrefois des ministres jusqu'à la loi du 31 janvier 1833, art. 11.

Cf. pour ce qui concerne la législation française sur les accessoires du traitement. Ferrand, *op. cit.*, p. 47-54.

elle ne diffère pas sensiblement en Saxe. On peut donc dire qu'il y a, sur ce point, presque l'uniformité de législation : seule la Bavière applique un système bien différent, ainsi que quelques petits États dont nous laissons systématiquement de côté la législation.

a) Droit à la pension. — Le droit à la pension appartient aux fonctionnaires de carrière, nommés à vie ; en Bade il faut en outre qu'ils occupent une place inscrite au budget. Les fonctionnaires nommés à temps, ou sous la réserve de la révocabilité *ad nutum* en sont exclus, à moins d'occuper une place budgétaire : l'octroi d'une pension peut cependant être accordé aux autres par faveur (1).

Le droit à la pension est acquis au fonctionnaire :

1° Après un certain nombre d'années de service qui varie avec les États, lorsqu'en raison d'une infirmité corporelle, ou d'un affaiblissement physique ou intellectuel celui-ci devient incapable d'une façon permanente, de remplir ses devoirs professionnels. A l'inverse des règles admises presque partout en Europe, le temps de service exigé est relativement court. Il est dans l'Empire et en Prusse de 10 années de service (dans l'Empire avec exception pour les hauts fonctionnaires politiques : le chancelier de l'Empire, les sous-secrétaires d'État à l'intérieur, à la marine, le secrétaire d'État aux affaires étrangères, ont droit déjà à la pension après deux ans de charge. En Prusse au contraire les ministres n'y peuvent prétendre qu'après 10 ans comme les autres fonctionnaires). En Wurtemberg le temps de service qui donne droit à la pension de retraite est de 9 ans, en Hesse il est réduit à 5 ans, ce qui est peut-être excessif.

(1) R. B. G., §§ 37 et 38. Prusse, loi sur les pensions du 27 mars 1872, §§ 2 et 5 ; Wurt., loi de 1876, art. 32 ; Bade, loi de 1888, § 34, al. 1 et §§ 46 ; Hesse, loi du 10 mai 1875, art. 1.

Dans tous les cas le fonctionnaire n'a droit à la pension que s'il est devenu inapte au service public, et son incapacité doit être reconnue par l'administration : il n'est fait exception que pour les fonctionnaires politiques de l'Empire cités plus haut, et pour les ministres dans les autres États, ainsi que pour tous les fonctionnaires quels qu'ils soient, qui ont dépassé l'âge de 65 ans (1).

• 2° Sans condition de temps de service lorsque le fonctionnaire devient incapable de gérer son emploi, par suite d'un accident, d'une maladie ou d'une blessure contractés à l'occasion du service et sans sa faute (2).

3° Par voie gracieuse, lorsque la maladie ou l'incapacité professionnelle sont intervenues avant l'achèvement du temps de service qui donne droit à la pension, sans être occasionnées par le service. La pension est accordée dans ce cas par une décision du Bundesrat ou du Souverain de l'Etat, soit à temps, soit à vie (3).

b) Montant de la pension. — α) Pension ordinaire. — 1° Empire de Prusse. — Le montant de la pension est, après l'achèvement de la 10^e année de service et avant l'achèvement de la 11^e, des $\frac{15}{60}$ du dernier traitement : il monte ensuite de $\frac{1}{60}$ par année de service supplémentaire achevée, jusqu'au maximum de $\frac{45}{60}$ c'est-à-dire jusqu'aux $\frac{3}{4}$ qui ne peuvent être dépassés, et que l'on atteint après 40 ans de service (4).

2° Saxe. — Après l'achèvement de la 10^e année, et avant

(1) R. B. G., §§ 34, 34-a, 35 ; Prusse, loi de 1872, § 1, al. 1 et 3 ; Saxe, loi de 1876, § 9, al. 1, § 10 ; Wurt., loi de 1876, §§ 29, al. 3, 31 ; Bade, loi de 1888, §§ 34, al. 1, 45 ; Hesse, loi du 27 novembre 1874, art. 2, al. 1.

(2) R. B. G., § 36 ; Prusse, loi de 1872, § 1, al. 2 ; Saxe, loi de 1876, § 9, al. 2 ; Wurt., loi de 1876, art. 30 ; Bade, loi de 1888, § 34, al. 2, n° 2 ; Hesse, loi du 27 novembre 1874, art. 1, al. 1.

(3) R. B. G., § 39 ; Prusse, loi de 1872, § 7.

(4) R. B. G., § 41, al. 1 et 2 ; Prusse, loi de 1872, § 8, al. 1 et 2.

celui de la 15^e année de service la pension est de 30 % du dernier traitement.

de la 15^e à la 17^e année elle monte de 1 % par année supplémentaire

» 18 ^e	» 25 ^e	—	2 %	—
» 26 ^e	» 32 ^e	—	3 %	—
» 33 ^e	» 35 ^e	—	2 %	—
» 36 ^e	» 40 ^e	—	1 %	—

Le maximum de la pension est de 80 % du dernier traitement : il est acquis après 40 ans de service (c'est-à-dire que pour le même temps de service, le fonctionnaire touche les 4/5 de son traitement, au lieu des 3/4 dans l'Empire et en Prusse). On ne compte que pour moitié dans le calcul de la pension la portion du traitement qui dépasse 12.000 marks (15.000 fr.) (1).

3^o Wurtemberg. — Après l'achèvement de la 9^e année de service la pension est de 40 % du dernier traitement ; elle monte ensuite jusqu'à concurrence de 40 ans de service, si le traitement était inférieur à 2.400 marks, de 1,75 % ; s'il dépassait, le surplus ne peut faire augmenter la pension que de 1,5 % par année de service supplémentaire. Le maximum des pensions est de 6.000 marks et pour les anciens ministres de 9.000 marks (2).

4^o Bade. — La pension est après l'achèvement de la 10^e année et avant celui de la 11^e année de service, de 30 % du dernier traitement, et monte ensuite de 1,5 % du même traitement par année supplémentaire, sans pouvoir dépasser 75 %, c'est-à-dire les 3/4. Le maximum est atteint par conséquent après 40 ans de service (3).

5^o Hesse. — Le minimum de pension, acquis après 5 ans

(1) Saxe, loi du 8 juin 1876, § 38.

(2) Wurtemberg, loi de 1876, art. 47 et 48.

(3) Bade, loi de 1888, § 35.

de service, est des 40/100 du dernier traitement; de 6 à 10 ans on ajoute par année supplémentaire 2 %, de 11 à 30 ans 1,5 %, de 30 à 40 ans 1 % par année supplémentaire, de sorte qu'au bout de 40 ans le fonctionnaire touche comme pension 90 % de son dernier traitement. Au bout de 50 ans le plein traitement lui est continué jusqu'à sa mort. C'est, en Allemagne, la législation la plus favorable au fonctionnaire; elle lui donne déjà après 10 ans de service une pension de 50 % qu'un fonctionnaire d'Empire n'atteint qu'après 25 ans et un fonctionnaire français qu'après 25 ans de service actif ou 30 ans de service sédentaire (1).

Les fonctionnaires hessois dont la nomination n'est pas à vie, sont traités un peu moins largement, mais ils peuvent, après 50 ans de service, acquérir une pension égale aux 9/10 de leur ancien traitement (2).

6° Bavière. — La pension en Bavière est basée sur la division du traitement en deux parts : l'une appelée traitement professionnel (*Standesgehalt*) et l'autre, traitement d'activité (*Dienstgehalt*). Le premier est acquis pour toujours au fonctionnaire par sa nomination définitive et ne peut lui être retiré que par voie disciplinaire; le second est lié à l'exercice effectif de la fonction qui cesse avec le pensionnement (3). Le traitement professionnel, irretirable, constitue ainsi la pension de retraite.

Au cas où le montant du traitement dans son ensemble ne comporte pas d'accessoires, on compte pendant les 10 premières années de service les 7/10, pendant les 10 années suivantes, les 8/10, pendant la 3^e dizaine, les 9/10

(1) Voir plus loin, chap. XI, p. 368 et suiv.

(2) Hesse, loi du 27 novembre 1874, art. 2. Loi du 10 mai 1875, art. 2.

(3) Edit de 1818, §§ 18, 22.

comme traitement professionnel, et le reste comme traitement d'activité. Au cas où le traitement comportait des accessoires tels que revenus en nature, domicile de service, frais de bureau ou de représentation, il n'est pas tenu compte de ces accessoires, mais la quotité du traitement principal considéré comme traitement professionnel est plus élevée. Elle est jusqu'à dix ans de service des 8/10 et au delà des 9/10. Le fonctionnaire atteint par conséquent son maximum de pension, dans le premier cas, après 30 ans, dans le second, après 20 ans de service.

β) Pension pour accident ou invalidité. — Dans tous les États, la pension pour incapacité de service occasionnée par la fonction est égale à celle acquise par le fonctionnaire après le minimum de temps de service donnant droit à la pension : la pension de faveur, pour incapacité non occasionnée par le service, est mesurée au gré de l'administration, mais ne peut dépasser le montant de la pension pour incapacité occasionnée par le service (1).

En cas d'accident survenu, dans une des administrations soumises aux lois sur les assurances obligatoires contre les accidents (2), à un fonctionnaire quelconque, et sans sa

(1) R. B. G., § 41, al. 3 ; Prusse, loi de 1872, § 8, al. 3 ; Saxe, loi de 1876, § 9, al. 2 ; Wurt., loi de 1876, art. 47, al. 1 ; Bade, loi de 1883, § 35, al. 2 ; Hesse, loi du 27 nov. 1874, art. 1, al. 1.

(2) En vertu de la grande loi du 6 juin 1884, § 1, l'assurance obligatoire contre les accidents s'étend aux ouvriers et employés d'exploitation dont les appointements ne dépassent pas 2000 m., des mines, salines, carrières, exploitations à ciel ouvert, chantiers, gares, fabriques et forges ; à ceux des entreprises de maçonnerie, menuiserie, couverture ; aux tailleurs de pierre, puisatiers et ramoneurs, et d'une façon générale à toutes les fabriques et industries à force motrice mécanique de 10 ouvriers au moins. Des décisions du Bundesrat des 22 janv. 1883, 27 mai 1886 et 24 janv. 1888 ont étendu l'assurance à peu près à toutes les industries accessoires du bâtiment, comme les peintres, badigeonneurs, vitriers, ferblantiers, charpentiers, serruriers, fumistes, etc.

Des lois très importantes ont étendu également l'assurance aux indus-

faute, sans distinguer s'il est nommé à temps, ou rémunéré par une indemnité journalière, ou s'il a droit à une pension d'après les lois sur les fonctionnaires civils, il touche une pension calculée de la façon suivante :

1° Si l'accident l'a rendu totalement incapable de gagner sa vie, soit pour toujours, soit pour un temps, sa pension est de 66,6 % de son traitement, payée à vie ou pendant la durée de cette incapacité. S'il a droit d'après d'autres lois, à une somme plus élevée, elle doit lui être payée.

2° Si l'accident a simplement réduit sa capacité professionnelle, la pension dépend du degré de cette incapacité.

Dans tous les cas, les frais de guérison doivent être payés en supplément (1).

Les pensions d'accident des fonctionnaires militaires sont réglées comme pour les militaires d'après la loi sur les pensions militaires du 27 juin 1871 (§§ 56, 90).

Lorsque l'accident n'est pas survenu dans une fonction soumise à la législation sur les assurances obligatoires, l'administration peut accorder la pension quand même, mais elle n'y est pas tenue.

tries de transport (chemins de fer, postes, navigation intérieure), à l'armée et à la marine (loi du 28 mai 1885), à l'agriculture et aux industries forestières (loi du 5 mai 1886), à toutes les personnes employées aux bâtiments et constructions (loi du 11 juill. 1887), enfin aux gens de mer (loi du 13 juill. 1887).

Ces assurances comprennent à peu près toutes les industries proprement dites : elles semblent cependant devoir être étendues encore davantage. Elles s'appliquent à plus de 18 millions de personnes, et l'on parle d'y englober encore un ou deux millions d'individus employés dans de petites industries oubliées jusqu'ici.

L'assurance a pour objet d'assurer la réparation des accidents du travail qui entraînent, soit la mort de l'ouvrier, soit une incapacité de travail de plus de 13 semaines.

(1) Empire, loi du 15 mars 1886, § 1 ; Prusse, loi du 18 juin 1887, § 1 ; Saxe, loi du 9 avr. 1888, § 1 ; Bade, loi du 4 mai 1888, art. 1 et loi du 24 juill. 1888, § 85 ; Hesse, loi du 18 juin 1887, § 1. Ces lois sont textuellement la reproduction de la loi d'Empire du 15 mars 1886.

Dans quelques États, l'administration a le droit, aussi bien en cas de pension normale, qu'en cas de pension par accident ou incapacité, d'élever la pension au-dessus de son montant régulier, soit parce qu'elle est trop basse pour faire vivre le fonctionnaire, soit à titre de récompense pour service exceptionnel (1). Ce droit d'élévation est très divers selon les lois. La Saxe seule connaît une réduction de la pension en cas où le fonctionnaire a commis une faute grossière, mais à condition qu'il n'ait ni 40 ans de service, ni 65 ans d'âge (2).

c) Calcul de la pension. — L'élévation de la pension dépend, comme on l'a vu, à la fois du traitement et du temps de service.

α) Le traitement qui sert à calculer la pension est le dernier traitement touché par le fonctionnaire au moment de sa mise à la retraite, sauf s'il a occupé à une époque antérieure un office plus fortement rémunéré, et cela pendant un an au moins. La pension est alors calculée sur le traitement le plus élevé, si le déplacement dans un poste de traitement inférieur n'a pas eu lieu sur sa propre demande et dans son intérêt personnel, ou par voie disciplinaire. En Saxe et en Wurtemberg, le traitement pris en considération est le traitement moyen de la dernière année de service.

Si le fonctionnaire mis à la retraite est en disponibilité provisoire, la pension n'est pas calculée sur le traitement de disponibilité mais sur le dernier traitement complet touché par lui.

(1) Saxe, loi de 1876, § 39 ; Wurt., loi de 1876, art. 47, al. 3 ; Bade, loi de 1888, § 44 ; Hesse, édit du 12 avril 1820, art. 21, loi du 10 mai 1875, art. 3.

(2) Saxe, loi de 1876, § 14.

Enfin si le traitement dépasse tout compris 12.000 marks (15.000 fr.) le surplus n'est compté dans le calcul de la pension que pour moitié. En Hesse la pension ne peut être calculée sur plus de 10.000 marks (12.500 fr.).

Tous les accessoires du traitement ne sont pas additionnés dans le calcul de la pension ; l'indemnité personnelle accordée pour éviter qu'un fonctionnaire touche dans un nouveau poste un traitement inférieur à l'ancien, est considérée comme partie intégrante du traitement. Le logement de service, l'indemnité de logement qui le remplace, les frais de chauffage, revenus en nature etc. ne sont comptés que s'ils sont inscrits au budget des traitements ou évaluables en argent. Les émoluments variables sont comptés d'après une moyenne, les revenus accidentels comme gratifications, rémunérations extraordinaires, etc. ne sont pas comptés (1).

β) Le temps de service est calculé à partir du jour de la prestation de serment, sauf si le fonctionnaire est en état de prouver qu'il a exercé effectivement son emploi avant cet événement ; la date de prise en main du service est alors décisive.

On doit compter comme temps de service :

1° Le temps de service effectif dans la fonction.

2° Le temps pendant lequel un fonctionnaire est resté en disponibilité avec traitement d'attente.

3° Le temps pendant lequel il a été employé au service d'un des États allemands, s'il s'agit d'un fonctionnaire d'Empire, ou au service de l'Empire s'il s'agit d'un fonctionnaire d'État.

(1) R. B. G., §§ 42 et 43 ; Prusse, loi de 1872, §§ 10 et 11 ; Saxe, loi de 1876, § 38, loi de 1835, § 19 ; Wurtemberg, loi de 1876, art. 45 ; Bade, loi de 1888, § 18 ; Hesse, loi du 27 novembre 1874, art. 8, et loi du 10 mai 1875, art. 4.

4° Dans l'Empire et en Prusse, le temps de service préparatoire, lorsqu'il était obligatoire d'après les prescriptions administratives (par exemple les 4 ans écoulés entre l'examen de référendaire et celui d'assesseur) et s'il s'agit de personnes militaires ayant droit à un emploi civil, le temps pendant lequel elles ont fonctionné à l'essai, c'est-à-dire celui qui s'est écoulé depuis leur entrée en place jusqu'à leur nomination définitive.

5° Le temps du service militaire actif est compté en général : en Hesse cependant, il ne l'est que pour les candidats militaires à une place civile ; en Bavière il reste hors de compte (1).

Le temps de service antérieur à l'achèvement de la 20^e année d'âge n'est pas compté, sauf s'il s'agit de service militaire en temps de guerre ou à partir d'une mobilisation (2).

On compte au fonctionnaire, pour toute campagne pendant laquelle il est arrivé devant l'ennemi ou a été embarqué sur un navire qui a pris part à des hostilités, outre le temps véritable de la campagne, une année en plus. Il y a en outre des règles spéciales pour le calcul du temps pendant lequel un fonctionnaire a été prisonnier de guerre (3).

On peut ajouter au temps de service, avec l'autorisation du Bundesrat pour l'Empire, ou des Princes souverains pour les États :

(1) R. B. G., §§ 45, 46, 47 ; Prusse, loi de 1872, §§ 13, 14, 15 ; Saxe, loi de 1835, § 19 ; Wurt., loi de 1876, art. 40, 42 ; Bade, loi de 1888, §§ 38, 39 ; Bavière, édit du 26 mai 1818, §§ 10, 22 ; Hesse, lois du 27 novembre 1874, art. 4, et du 10 mai 1875, art. 5.

(2) R. B. G., § 48 ; Prusse, loi de 1872, § 16.

(3) R. B. G., §§ 49, 50 ; Prusse, loi de 1872, §§ 17, 18.

1° Le temps pendant lequel un fonctionnaire a été employé à l'intérieur ou à l'extérieur au service communal, ou au service d'église ou de la cour, ou dans l'enseignement, ou comme notaire.

2° Le temps pendant lequel il a été employé au service d'un État étranger.

3° Celui qu'il a passé à acquérir les connaissances nécessaires à sa nomination (1).

On compte double le temps passé par les fonctionnaires des services diplomatiques et consulaires, dans certains pays extra-européens, lorsqu'ils y sont restés plus d'un an : il en est de même pour les fonctionnaires coloniaux qui ont résidé plus d'un an dans une colonie ou protectorat de l'Empire (2).

d) Paiement de la pension. — La date à laquelle commence le pensionnement d'un fonctionnaire n'est pas celle de la décision de mise à la retraite ; c'est en Prusse, dans l'Empire et en Saxe, le jour qui suit le trimestre commencé à la fin du mois où la décision a été notifiée à l'intéressé en même temps que le montant de la pension. Pendant ces trois mois le fonctionnaire continue à toucher son plein traitement. En Wurtemberg et en Bade le traitement de grâce n'est continué que pendant un mois au lieu de trois.

Le paiement des pensions est réglé comme celui des traitements : il a lieu le 1^{er} de chaque mois et par avance,

(1) R. B. G., § 52 ; Prusse, loi de 1872, § 19 ; Saxe, loi de 1874, § 44 ; Wurt., loi de 1876, art. 43 ; Bade, loi de 1888, § 40 ; Hesse, loi du 27 novembre 1874, art. 6.

(2) R. B. G., § 51, qui s'applique à l'Asie centrale, à l'Extrême-Orient, à l'Amérique centrale et à l'Amérique du Sud ; et décisions du Bundesrat étendant la disposition aux Iles de l'Océanie (18 nov. 1880) et aux colonies allemandes (Décis. du 21 janv. 1886 et du 31 mai 1887).

sauf en Bade où il est effectué à la fin du mois et au besoin par trimestre (1).

e) Modifications de la pension. — α) Le droit à la pension peut augmenter lorsque, après le pensionnement, le fonctionnaire a repris du service : le temps de service supplémentaire lui est compté en vue de l'augmentation de la pension pourvu qu'il soit supérieur à un an. Dans quelques États (Saxe, Wurtemberg, Bade), la nouvelle pension ajoutée à l'ancienne ne peut dépasser le montant du traitement sur lequel a été calculée la première pension. Il peut arriver également qu'un fonctionnaire, par suite d'une fonction nouvelle acceptée au service de l'Empire ou d'un État après son pensionnement, ait droit à deux pensions, l'une de l'Empire, l'autre d'un État : dans ce cas elles ne lui sont payées que jusqu'à concurrence du traitement qui a servi à calculer la première pension (2).

β) La pension peut se trouver réduite :

1° Si le fonctionnaire par suite d'une nouvelle fonction publique touche un nouveau traitement, qui ajouté à la pension dépasse l'ancien ; le surplus reste dans la Caisse de l'État ; en Bade seulement, lorsque la somme de la pension et du nouveau traitement dépasse de plus de 10 % l'ancien. Dans le cas où le nouvel emploi n'est que passager et contre indemnité journalière, la réduction de pension ne peut intervenir que lorsqu'il dure depuis plus de 6 mois (en Bade 3 mois) (3) ;

(1) R. B. G., §§ 55, 56, 67 ; Prusse, loi de 1872, §§ 24-25, loi de 1852, §§ 91, 92, al. 2 ; Saxe, loi de 1876, § 12, al. 2 ; Wurt., loi de 1876, art. 49 ; Bade, loi de 1888, §§ 8 et 47.

(2) R. B. G., §§ 58, 59 ; Prusse, loi de 1872, § 28.

(3) R. B. G., §§ 57 et 60 ; Prusse, loi de 1872, §§ 27 et 29 ; Saxe, loi de 1876, § 41 ; Wurt., loi de 1876, art. 52 et 53 ; Bade, loi de 1888, §§ 51 et 52.

2° A titre de peine la réduction de pension n'existe qu'en Bade, lorsqu'un pensionnaire se rend coupable d'une faute qui aurait entraîné un déplacement disciplinaire : cette réduction ne peut dépasser la moitié. En Saxe la pension qui dépasse 600 francs peut être réduite de 10 %, si le fonctionnaire retraité prend du service à l'étranger sans autorisation (1).

γ) La pension est supprimée :

1° Lorsque le pensionnaire perd la nationalité allemande : elle lui est rendue s'il redevient allemand (2) ;

2° Dans quelques États, lorsque le fonctionnaire capable de reprendre du service, refuse d'accepter un poste de rang et de titre égaux à celui qu'il occupait avant son pensionnement : trois mois lui sont accordés pour rejoindre son nouveau poste (Wurtemberg, Bade, Hesse) (3) ;

3° La perte de la pension est une peine disciplinaire dans quelques cas (voir chapitre précédent) ;

4° Le droit à la pension cesse avec la vie : cependant la pension est encore payée un certain temps à la veuve et aux orphelins (voir plus loin, p. 314).

Pour en terminer avec les pensions de retraite, il faut faire remarquer que les lois allemandes ne subordonnent pas la pension à des retenues prélevées sur les fonctionnaires, comme c'est le cas en France et dans presque tous les États européens. Les retenues ont disparu de la législation prussienne au 1^{er} janvier 1868 et dans la Confédération de l'Allemagne du Nord, par la loi du 30 mars 1868 (4).

(1) Bade, loi de 1888, § 123 ; Saxe, loi de 1876, § 45.

(2) R. B. G., § 57, n° 1 ; Prusse, loi de 1872, § 27, n° 1 ; Wurt., loi de 1876, art. 52, n° 2.

(3) Wurtemberg, loi de 1876, art. 50, 51, n° 2 ; Bade, loi de 1888, §§ 49, 50, n° 3 ; Hesse, édit de 1820, art. 15, loi du 10 mai 1875, art. 8.

(4) La législation française sur les pensions est moins avantageuse pour

B. DROITS DE LA FAMILLE DU FONCTIONNAIRE.

La protection accordée après la mort du fonctionnaire, à sa famille, se justifie exactement comme la pension ou le traitement. Les personnes comprises dans la famille sont en première ligne : la veuve du fonctionnaire, à condition que le mariage ait subsisté légalement jusqu'à sa mort et qu'il soit antérieur au pensionnement ; puis ses enfants légitimes ou légitimés, âgés de moins de 18 ans (en Bavière de 20 ans) ; enfin ses ascendants, lorsqu'il était leur seul soutien et qu'ils sont dans le besoin ; en général, ces derniers n'ont pas un droit à la protection de l'État, elle ne leur est accordée que par faveur.

1. *Termes de grâce.* — Lorsque le fonctionnaire meurt en activité de service, son traitement entier est payé à sa veuve ou à ses orphelins pendant le trimestre qui suit le mois du décès (*Gnadenquartal*). La même faveur peut être accordée aux ascendants, frères, sœurs, neveux ou pupilles, lorsque le décédé était leur soutien, s'il ne laisse ni veuve ni orphelin. En Wurtemberg et Bade, le traitement n'est continué que pendant un mois après la fin du mois du décès (*Gnadenmonat*). On compte comme traitement tous les accessoires qui n'ont pas le caractère d'une indemnité pour dépenses effectuées par le fonctionnaire à l'occasion de son service, par exemple l'indemnité de logement. Si le fonctionnaire était logé, sa famille a droit d'occuper le logement de service encore pendant les trois mois réglementaires, en Wurtemberg pendant les 45 jours qui suivent le décès (1).

Le fonctionnaire. Notre grande loi sur les pensions, de 1853, sera étudiée et mise en parallèle détaillé avec la législation allemande, au chap. XI : Les fonctionnaires et la législation comparée, voir p. 368 et suiv.

(1) R. B. G., § 9 ; Prusse, ordre de cabinet du 15 nov. 1819, loi du 6 févr. 1881, §§ 2 et 3 ; Wurtemb., loi de 1876, art. 14.

Si le fonctionnaire meurt en retraite, la pension de retraite est payée dans les mêmes conditions pendant un mois encore, après la fin du mois mortuaire ; ce délai est porté en Wurtemberg à 45 jours à partir du décès ; en Bade et en Hesse à 3 mois (1).

2. *Pensions de veuves.* — a) Droit à la pension. — Pour que la veuve d'un fonctionnaire ait droit à la pension, il faut que son mari soit mort pensionné ou ayant droit à la pension de retraite. Tout fait qui détruit son droit, détruit également celui de sa veuve et de ses orphelins, par exemple la démission, la destitution ou la condamnation à la perte de la pension, mais non pas le suicide. En Saxe la veuve est privée de la pension, si son mari est mort pendant une enquête judiciaire qui eût abouti à sa destitution, ou s'il est découvert contre lui après sa mort, des actes qui lui eussent fait perdre la pension (2).

Il faut encore que le mariage qui crée le droit de la veuve, n'ait pas été nul, ni détruit par le divorce, ni simplement anéanti en fait par la séparation de corps et de biens (3). Enfin il faut que le mariage soit antérieur au pensionnement du fonctionnaire, s'il est mort en retraite. Le droit de la veuve est supprimé si le mariage a eu lieu dans les 3 mois qui ont précédé la mort du fonctionnaire et à seule fin d'assurer à la veuve une pension : ces deux conditions doivent être remplies cumulativement. Pour supprimer la pension de veuve, il suffit en Saxe et en Bade que le mariage ait été contracté pendant la dernière mala-

(1) R. B. G., § 69 ; Prusse, loi de 1872, § 34 ; Wurt., loi de 1876, art. 54 ; Bade, loi de 1888, § 55, al. 3 ; Hesse, loi de 1874, art. 9, loi de 1875, art. 11.

(2) Saxe, loi de 1835, § 39-b.

(3) Wurt., loi de 1876, art. 55, al. 3 ; Saxe, loi de 1835, § 39.

die, en Bade cependant à condition que le fonctionnaire en soit mort dans les 3 mois (1).

Lorsque le fonctionnaire est mort sans avoir droit à la pension de retraite, la veuve peut obtenir une pension de faveur dans les mêmes conditions que le fonctionnaire eût obtenu par faveur une pension de retraite : s'il l'a obtenue en fait, la veuve peut également être l'objet de la même mesure gracieuse. La décision dans les deux cas est prise par le Chancelier de l'Empire, ou par les Ministres du ressort intéressé ; en Wurtemberg avec l'autorisation du Roi (2).

b) Montant de la pension. — La pension de veuve est calculée différemment suivant qu'il s'agit de la pension ordinaire ou de la pension pour accident survenu au mari.

α) La pension normale de la veuve dépend du montant de la pension de retraite du fonctionnaire. Elle est dans l'Empire, en Prusse, en Wurtemberg et en Alsace-Lorraine, du $\frac{1}{3}$ de la pension de retraite que touchait ou qu'aurait touchée le fonctionnaire décédé, avec minimum de 160 marks (200 fr.) et maximum de 1.600 marks (2.000 fr.). En Hesse le montant en est de 30 ‰, avec minimum du $\frac{1}{5}$ du dernier traitement s'il était inférieur à 2.500 marks et minimum de 500 marks s'il était supérieur. En Wurtemberg il n'y a ni maximum ni minimum.

En Bavière la pension de veuve est du $\frac{1}{5}$ du dernier traitement, ou du $\frac{1}{5}$ de la pension, selon que le fonc-

(1) Empire, lois du 20 avr. 1881, § 13, et du 17 juin 1887, § 15 ; Prusse, loi du 20 mai 1882, § 13 ; Bavière, Pragmatique de 1803, § 23 c, art. XXIV ; Saxe, loi de 1835, §§ 39 et 42 ; Bade, loi de 1888, § 60, al. 2 et 3 ; Hesse, loi du 30 juin 1886, art. 14.

(2) Empire, loi du 20 avril 1881, § 14, et loi du 17 juin 1887, § 16 ; Prusse, loi du 20 mai 1882, § 14 ; Wurt., loi de 1876, art. 68 ; Bade, loi de 1888, § 85.

lionnaire est mort en activité ou en retraite ; en Bade, de 30 % du dernier traitement mais le calcul ne se fait pas sur plus de 10.000 marks (1).

Le montant normal de la pension est influencé dans certains cas, par la différence d'âge des deux conjoints. Dans l'Empire et en Prusse, si celle-ci est de plus de 15 ans la pension est réduite de $\frac{1}{20}$ pour chaque année de différence commencée, au delà de la 15^e et jusqu'à la 25^e ; la réduction maximum dans ce cas est donc de moitié. La réduction est la même en Hesse pour toute année de différence supplémentaire de 20 ans jusqu'à 30, mais à condition que l'âge du mari ait été, à l'époque du mariage, de plus de 50 ans. En Wurtemberg, la pension de veuve subit pour différence d'âge de 18 à 38 ans, une réduction variant de $\frac{1}{6}$ à $\frac{5}{6}$ (2).

La pension de veuve peut, en cas de besoin absolu, être élevée au-dessus de son montant normal (3).

β) La veuve qui a perdu son mari par suite d'un accident, reçoit, qu'il ait eu droit à la pension ou non, et peu importe le temps de service qu'il a accompli, 20 % de son traitement, entre les limites du minimum de 160 marks et du maximum de 1.600 marks ; si le calcul, d'après d'autres lois en vigueur, lui est plus favorable, la pension la plus élevée doit lui être payée (4).

(1) Empire, loi du 20 avril 1881, §§ 8, 10, 11, et loi du 17 juin 1887, §§ 9, 11, 12 ; Prusse, loi du 20 mai 1882, §§ 8, 10, 11 ; Bavière, Pragmatique de 1805, §§ 2, 3, art. XXIV ; Saxe, loi du 9 avril 1872, § 1, al. 3 ; Wurt., loi de 1876, art. 53 ; Bade, loi de 1888, § 61 ; Hesse, loi du 30 juin 1886, art. 9, 11, 12.

(2) Empire, loi du 20 avril 1881, § 12, loi du 17 juin 1887, § 13 ; Prusse, loi du 20 mai 1882, § 12 ; Wurt., loi de 1876, art. 57, n° 3.

(3) Saxe, loi de 1835, § 43, dern. al. ; Wurt., loi de 1876, art. 53, al. 5.

(4) Empire, loi du 15 mars 1886, § 2, n° 2-a ; Prusse, loi du 18 juin 1887, § 2, n° 2-a ; Saxe, loi du 9 avril 1888, § 2, n° 2-a.

Il y a des règles spéciales pour les veuves de fonctionnaires militaires, selon que le traitement de leur conjoint égalait celui d'un général, d'un officier d'état major, d'un capitaine ou d'un lieutenant ; les veuves touchent alors 1.500, 1.200 ou 900 marks.

Qu'il s'agisse de pensions ordinaires, de pensions par accident ou de pensions militaires, le remariage de la veuve lui fait perdre sa pension, sans supprimer toutefois le droit des orphelins. C'est là une disposition sage et rationnelle. Il n'y est fait exception que si le mari est mort pendant une guerre ; la pension de veuve est payée dans ce cas encore pendant un an, malgré son remariage (1).

3. *Pensions d'orphelins.* — Les orphelins de fonctionnaires sont appelés à toucher une pension toutes les fois que leur mère a capacité ou aurait capacité d'en toucher une ; ils y ont droit encore dans le cas où elle est devenue incapable de la toucher, par raison personnelle, comme un mariage subséquent ou une condamnation.

Les orphelins ont droit à la protection de l'État jusqu'à l'achèvement de leur 18^e année ou jusqu'à leur mariage s'il est antérieur ; en Bavière jusqu'à l'achèvement de leur 20^e année ; dans ce dernier État et en Saxe, ils peuvent même l'obtenir plus longtemps s'ils sont incapables de se subvenir, soit totalement, soit en partie (2).

La pension ordinaire des orphelins varie selon que la mère touche pension de veuve ou qu'elle est morte ou inhabile à toucher ladite pension. Le droit de chaque enfant

(1) Empire, loi du 20 avril 1881, § 18, loi du 27 juin 1871, §§ 41, 94 ; Prusse, loi du 20 mai 1882, § 18.

(2) Empire, loi du 20 avril 1881, § 18 ; Prusse, loi du 20 mai 1882, § 18 ; Bavière, Pragmatique du 1^{er} janvier 1805, §§ 8-10, art. XXIV ; Saxe, loi de 1835, § 42, dern. al.

est dans le premier cas, et dans tous les États allemands, du $\frac{1}{5}$ de la pension de veuve. Dans le second cas il est en Prusse, en Saxe, en Alsace-Lorraine et dans l'Empire, du $\frac{1}{3}$ de la pension qu'elle touchait ou aurait pu toucher. La mère vivante avec 10 enfants âgés de moins de 18 ans touche par conséquent la pleine pension du fonctionnaire décédé ; il en est de même pour 6 orphelins de père et de mère au-dessous de 18 ans.

Dans les autres États, la quotité pour chaque enfant, lorsque la mère est morte ou inhabile à recueillir pension, est réglée d'une façon variable : le droit de chaque enfant est dans ce cas, en Bavière des $\frac{3}{10}$ de la pension de veuve, en Wurtemberg du $\frac{1}{4}$. En Bade, en Hesse il varie selon qu'il y a un, deux, ou plus de deux orphelins de père et mère : le droit est alors en Bade de $\frac{4}{10}$ pour un enfant, de $\frac{7}{10}$ pour 2 enfants, et de $\frac{3}{10}$ par enfant s'il y en a plus de deux ; en Hesse des $\frac{2}{3}$ pour un enfant, de $\frac{1}{2}$ pour chaque enfant s'il y en a 2, et du $\frac{1}{3}$ par enfant s'il y en a 3 ou plus de 3 (1).

En cas de pension occasionnée par accident survenu au père, dans une des administrations soumises aux lois sur les assurances, le droit de chaque orphelin, lorsque la mère touche elle-même pension, est de 75 % de cette pension, sinon chacun touche la pleine pension de veuve. Enfin en cas de mort au service de guerre, les orphelins ont droit à des indemnités spéciales variant entre 10 m. 50 et 15 marks par mois pour les orphelins de fonctionnaires

(1) Empire, loi du 20 avril 1881, § 9, et loi du 17 juin 1887, § 10 ; Prusse, loi du 20 mai 1882, § 9 ; Bavière, Pragmatique de 1805, §§ 4, 11, 12, art. XXIV ; Saxe, loi de 1835, § 43, al. 3, et loi du 9 avril 1872, § 1, al. 4 ; Wurt., loi de 1876, art. 55 ; Bade, loi de 1888, § 62 ; Hesse, loi du 30 juin 1886, art. 10.

subalternes, et entre 150 et 225 marks par an pour les autres (1).

4. *Pensions d'ascendants*. — Les ascendants de fonctionnaires décédés dans les administrations civiles, mais non par accident professionnel, n'ont aucun droit à une pension : au contraire lorsque le fonctionnaire est mort par accident dans une des administrations soumises aux lois sur les assurances obligatoires, et au cas seulement où il était leur unique soutien, les ascendants ont droit à une rente égale à 20 % du dernier traitement du fonctionnaire, avec minimum de 160 marks et maximum de 1600 marks : s'il y a plusieurs ascendants dans le même cas, les parents passent avant les grands-parents (2).

En cas de mort au service de guerre, les père, mère, grand-père et grand'mère touchent 150 marks par an (pour les fonctionnaires subalternes 10 m. 50 par mois) (3).

Dans tous les cas les sommes réunies, payées à titre de pensions, tant aux veuves qu'aux orphelins et ascendants, ne peuvent jamais dépasser le montant de la pension de retraite du fonctionnaire, et s'il s'agit de pension par accident 60 % du dernier traitement touché par lui. Les ascendants ne peuvent recevoir pension que dans la mesure où les pensions de veuves ou d'orphelins n'atteignent pas encore ces 60 % ; si les pensions de veuves et d'orphelins réunies dépassent à elles seules cette quotité, elles y sont réduites proportionnellement (4-5).

(1) Empire, loi du 15 mars 1886, § 2, n° 2-b ; Prusse, loi du 18 juin 1887, § 2, n° 2-b ; Saxe, loi du 9 avril 1880, § 2, n° 2-b. En cas de guerre : loi du 27 juin 1871, §§ 42, al. 1, 56, 94, 96, al. 1.

(2) Empire, loi du 15 mars 1886, § 2, n° 2-c.

(3) Empire, loi du 27 juin 1871, §§ 42, al. 2, 56, 94, 96, al. 2.

(4) Empire, loi du 20 avril 1881, § 10 ; loi du 15 mars 1886, § 2, al. 2 ; loi du 17 juin 1887, § 11 ; Prusse, loi du 20 mai 1882, § 10, loi du 18 juin

5. *Dispositions communes à toutes les pensions.* — a) Les pensions de retraites des fonctionnaires, les pensions des veuves, des orphelins ou des ascendants (1) ne sont cessibles ou saisissables que dans les limites où le sont les traitements (voir plus haut p. 293-294) (2).

b) Les pensions de veuves ou d'orphelins peuvent, comme les pensions de retraite, subir des variations.

La pension des orphelins est réduite s'ils sont élevés dans des écoles militaires, en Bavière s'ils jouissent de bourses d'enseignement. La pension de la veuve est réduite en Saxe et en Alsace-Lorraine si elle occupe un emploi public (3).

Les pensions de veuves et d'orphelins sont perdues par la perte de la nationalité allemande, jusqu'à ce que l'intéressé l'ait recouvrée ; en Saxe encore par l'inconduite notoire de l'ayant droit, par une condamnation aux travaux forcés ou par l'internement dans une maison de correction (4).

c) Les termes échus de toutes les pensions se prescrivent par 4 ans : en Saxe par 2 ans (5).

6. *La question des retenues.* — Nous avons négligé

1887, § 2, al. 2 ; Saxe, loi du 9 avril 1888, § 2, al. 2, et Bade, loi du 4 mai 1888, art. 2, al. 2.

(1) Les ascendants n'ont aucun droit, dans aucun cas, d'après la législation française sur les pensions : c'est une grave lacune.

(2) *Saisissabilité* : Code de procédure civile, § 749, n° 7.

Cessibilité : Empire, loi du 20 avril 1881, § 17 ; loi du 17 juin 1887, § 19 ; Prusse, loi du 20 mai 1882, § 17 ; Saxe, loi du 4 mars 1879, § 9 ; Wurt., loi de 1876, art. 65, al. 2 ; Bade, loi du 24 juillet 1888, § 87.

(3) Empire, loi du 17 juin 1887, § 10, al. 2 ; Bavière, Pragmatique de 1805, § 23-d, art. XXIV ; Saxe, loi de 1835, § 46-b.

(4) Empire, lois du 20 avril 1881, § 19, du 17 juin 1887, § 21 ; Prusse, loi du 20 mai 1882, § 19 ; Saxe, loi de 1835, § 46-A.

(5) Empire, loi du 20 avril 1881, § 16, al. 2 ; Prusse, loi du 20 mai 1882, § 16, al. 2 ; Saxe, loi de 1835, §§ 36, n° 3 et 46, dern. al. et loi du 9 avril 1888, § 7, al. 1.

jusqu'à présent la question des retenues imposées aux fonctionnaires dans certains États, comme condition d'acquisition du droit à la pension.

Les retenues sur le traitement ont pour but de faire supporter au fonctionnaire les frais occasionnés à l'État par les subventions qu'il touche, lui et sa famille, après la fin de sa carrière publique.

Elles n'existent plus depuis longtemps en Allemagne, en ce qui concerne la pension du fonctionnaire lui-même. Au contraire elles subsistent encore pour les pensions des veuves et orphelins dans la plupart des petits États allemands. Mais ici, comme en ce qui concerne les cautions, l'Empire et la Prusse sont entrés résolument dans la voie du progrès, et ont aboli par des lois presque simultanées des 5 mars et 28 mars 1888, les retenues prélevées sur les fonctionnaires : la Saxe a suivi par une loi du 1^{er} février 1890 et un projet de loi dans le même sens a été voté le 27 mai 1898 par la 2^e chambre de Hesse, qui aboutira certainement sous peu. Les motifs de ces lois abolitives, qui sont très courts, indiquent simplement que les retenues n'avaient été maintenues que par raison financière : le montant des retenues dans l'Empire était porté au budget de 1888-89 pour 4.312.440 marks (5.390.550 fr.), en Prusse au budget de 1888 pour 6.118.880 marks (7.648.600 fr.), en Saxe au budget de 1889-90 elles montèrent à 240.000 marks (300.000 fr.). L'État s'est donc imposé partout des surcroîts de charges assez importants (1-2).

(1) Cf. pour l'Empire : *Drucksachen des Reichstages*, 7^e législature, 2^e session, t. I, n° 62 ; pour la Prusse, *Drucksachen des Hauses der Abgeordneten*, 16^e législature, 3^e session, t. II, n° 14 ; pour la Saxe : *Landtags-Akten*, 1889-90, *Berichte*, t. I, n° 20.

(2) Le total de ces retenues en 1889, pour l'Empire, la Prusse et la

Les retenues existent encore en Bavière, en Wurtemberg, en Bade et pour peu de temps en Hesse ; il faut donc les mentionner dans ce travail. Le principe appliqué dans ces États, est que la retenue est versée à des caisses spéciales (*Beamtenwitwenkassen*) chargées de payer les pensions des veuves et des orphelins. Lorsque les cotisations payées ne suffisent pas à couvrir les paiements, c'est l'État qui parfait les sommes (1).

Le montant des retenues est fixé en Wurtemberg à 2 % du traitement d'activité ou de disponibilité, ou de la pension ; il est prélevé en outre à titre de droit d'entrée, une somme égale au 1/4 du premier traitement et de toute

Saxe, c'est-à-dire pour une population de fonctionnaires à peu de chose près égale à celle de la France s'est élevé à 13.340.000 fr.

Pour la même année 1889 les résultats de l'exercice financier en France ont donné par rapport aux retenues les chiffres suivants :

Retenues de 5.0/0 sur les traitements	21.475.000 fr.
Retenues du 1 ^{er} mois d'appointement et du premier douzième de toute augmentation	1.531.000 »
Retenues pour congé	233.000 »
Retenues disciplinaires	21.000 »
Total	23.260.000 »

Cette somme est presque double de celle qui a été perçue en Allemagne sur les fonctionnaires ; malgré cela les retenues sont loin d'avoir couvert les pensions payées : en regard des 23.260.000 fr., prélevés, il faut mettre les 60.475.000 fr. qui ont été payés, la même année à titre de pensions, et dont la différence a été versée par l'Etat, sauf la faible somme couverte par le produit des amendes en justice, dont une partie est affectée, en vertu du décret du 9 novembre 1853, aux pensions : cette somme ne s'est élevée en 1889 qu'à 1.091.000 fr.; les charges réelles du budget ont donc été en 1889, pour la France, d'un peu plus de 36 millions de francs ; ces charges si lourdes augmentent d'année en année : toujours pour la France, elles ont été :

En 1854 de	12.500.000 fr.
En 1873 de	15.200.000 »
En 1880 de	23.600.000 »
En 1885 de	31.380.000 »
En 1889 de	36.045.000 »

(1) Wurtemberg, loi de 1876, art. 57 ; Bade, loi de 1888, § 84.

augmentation. En Bade et en Hesse, la retenue est de 3 % du traitement pensionnable ou de la pension, avec cette réserve qu'elle n'est pas prélevée sur plus de 10.000 marks, en Bade, et sur plus de 5.400 marks, en Hesse.

Les retenues sont dues aux Caisses spéciales pourvu que le poste du fonctionnaire lui donne droit à une retraite, et à partir de sa nomination. Elles cessent avec la mort du fonctionnaire, mais sont encore prélevées pendant les termes de grâce du traitement ou de la pension. La démission ou la destitution sans pension font également cesser l'obligation aux retenues.

Le fonctionnaire n'est pas libre de renoncer aux pensions de veuves ou d'orphelins pour se libérer de la retenue (1-2).

§ 2. — Voies de droit (3).

Il ne suffit pas d'accorder au fonctionnaire des droits, il faut encore lui donner la possibilité de les faire respecter : si l'on considère le droit disciplinaire de l'État comme un moyen de faire valoir contre le fonctionnaire une plainte pour inexécution de ses devoirs, il faut naturellement reconnaître au fonctionnaire une plainte contre l'État en cas d'inexécution de la contre-prestation promise. C'est cependant cette possibilité de défendre en justice certains

(1) Wurtemberg, loi de 1876, art. 57-63 ; Bade, loi de 1888, §§ 70-78 ; Hesse, loi du 30 juin 1886, art. 1 à 7.

(2) La législation sur les pensions de veuves et orphelins, en France, et sa comparaison avec la législation allemande seront exposées brièvement au chapitre XI. voir plus loin, p. 369.

(3) Cf. Laband, *op. cit.*, I, p. 467-469 ; Seydel, *Baier. Staatsr.*, II, p. 297-299 ; Stengel, *Preussisches Staatsrecht*, dans Marquardsen, II, 3, p. 151 et suiv. ; Harseim, article *Besoldung*, dans le *Dictionnaire administratif* de Stengel, I, p. 187.

droits du fonctionnaire qui a fait considérer le rapport de service public comme de droit mixte, à la fois public ou privé, ou simplement de droit privé (1) : en réalité, comme il a été dit, rien n'empêche qu'un droit public soit défendable en justice comme un droit privé (2). En vertu de ce principe, la voie judiciaire est ouverte au fonctionnaire ou à sa famille pour faire valoir tous ses droits pécuniaires. La loi sur l'organisation judiciaire de l'Empire, reconnaît expressément ce pouvoir à tous les juges de l'Allemagne (§ 9) ; la plupart des législations locales le reconnaissent également à leurs fonctionnaires administratifs et aux familles de ces derniers (3). Tel est le cas en particulier dans l'Empire et en Prusse. Dans un discours au Reichstag, Bismarck s'écriait le 1^{er} décembre 1885 : « Si vous me rayez mon traitement, je déposerai simplement une plainte en justice, et l'Empire sera condamné à me le payer, tant que je serai chancelier (4). »

Cependant avant de poursuivre l'administration, il faut être sûr qu'elle refuse en dernière instance de s'exécuter. Aussi la loi d'Empire de 1873 spécifie-t-elle que le fonctionnaire doit auparavant provoquer une décision de l'autorité centrale dont il dépend ; en cas de refus il doit intenter l'action dans les 6 mois où la décision lui a été notifiée (5).

(1) Cf. Rehm, *op. cit.*, *Annalen*, 1883, p. 404 et suiv. ; G. Meyer, *op. cit.*, p. 439, note 18 ; Hänel, *Deutsches Staatsr.*, I, p. 455.

(2) Cf. Wach, *Handb. des deutschen Civilprocessrechts*, t. I, p. 96.

(3) R. B. G., § 149, et loi du 17 juillet 1887, § 34 ; Prusse, loi du 24 mai 1861, §§ 1-8 et loi du 20 mai 1882, § 20 ; Bavière, édit de 1818, § 29 ; Wurtemb., loi du 16 décembre 1876, art. 2, n° 1 ; Saxe, loi de 1835, § 39 et loi de 1876, § 30 ; Bade, loi de 1888, § 88.

(4) *Stenographische Berichte des Reichstages*, 1885, p. 135.

(5) R. B. G., § 150 ; Prusse, loi du 27 mars 1872, § 23 ; loi du 20 mai 1882, § 20.

Le tribunal compétent pour juger, quelle que soit la valeur du litige, est le tribunal de première instance du lieu (*Landgericht*), et en dernière instance le tribunal de l'Empire : les voies de recours ordinaires sont assurées aux parties (1). Le tribunal saisi n'a pas qualité pour juger des actes que l'administration accomplit seule et sans contrôle ; il doit, par suite, considérer comme inattaquables ses dispositions par rapport à la mise à la retraite d'office, à la destitution ou aux peines disciplinaires, au déplacement par voie administrative ou à la mise en disponibilité provisoire des fonctionnaires : les décisions des tribunaux disciplinaires ou des autorités administratives lient dans ce cas le juge, qui peut seulement fixer le montant des sommes que l'intéressé est autorisé à faire valoir contre le fisc de l'État.

Le fonctionnaire bavarois ne peut en principe faire valoir contre l'administration aucun des droits qui résultent de sa qualité, sauf lorsqu'ils lui sont assurés par l'édit de 1818, annexé à la constitution. En vertu du paragraphe 29 : « Toute disposition administrative contraire à cet édit constitutionnel donne lieu à une plainte en raison de lésion civile, devant le juge compétent. » Cet article s'applique indistinctement à tous les droits reconnus aux fonctionnaires par l'Édit, même non pécuniaires, mais il ne s'applique pas aux droits pécuniaires qui lui sont assurés autrement. C'est alors le tribunal civil de 1^{re} instance qui est compétent (2-3).

(1) R. B. G., § 152.

(2) Loi exécutive bavaroise du 23 février 1879, art. 26, n° 1 ; Cf. Seydel, *op. cit.*, II, p. 297, 298.

(3) Le fonctionnaire français ne jouit pas des mêmes garanties. La voie administrative seule lui est ouverte pour faire valoir ses droits pécuniaires : c'est le Conseil d'État qui est compétent dans ce cas (Section du con-

§ 3. — Charges pécuniaires entraînées par l'entretien du personnel administratif allemand : Statistiques.

Après avoir étudié la législation allemande concernant les droits pécuniaires des fonctionnaires publics, il nous a paru intéressant de rechercher ce que cette législation produit dans la pratique, et quelles charges elle entraîne pour l'Empire allemand en tant qu'État fédéral, pour les États de l'Union allemande et aussi pour l'Allemagne entière considérée comme un seul pays. Ce travail a été établi en additionnant dans les divers budgets, les sommes, concernant les fonctionnaires, traitements, indemnités de logement, pensions de toute nature, etc. Les calculs ont été faits autant que possible en comparant le dernier budget avec celui d'une des années précédentes, afin que l'on puisse juger de l'accroissement des dépenses nécessitées par le personnel administratif. On verra que cet accroissement est dans bien des cas considérable ; il est même inquiétant si l'on pense qu'il s'applique à un État développé et non à des pays en pleine expansion.

I. — *Empire.*

Nous laissons de côté les sommes payées aux fonctionnaires). Ce conseil cependant s'était de 1820 à 1827 déclaré incompétent, et la seule voie gracieuse restait aux intéressés. La loi du 9 juin 1853 sur les pensions est muette sur la question du droit de recours, mais il reste incontestablement. Le pourvoi est intenté dans la forme ordinaire par requête signée d'un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation. Toutefois le recours peut être adressé directement (Décret du 2 nov. 1864). Le pourvoi est rédigé sur timbre et soumis à l'enregistrement. Le délai de rigueur est de 3 mois du jour où la décision attaquée a été notifiée.

Cf. Ferrand, *op. cit.*, p. 213-215.

naires militaires et de la marine, qui sont peu importantes relativement au total. La distinction entre les civils et les militaires des administrations de la guerre et de la marine est très difficile à établir et nous avons préféré nous en abstenir. Cette réserve faite, il reste à enregistrer les chiffres suivants en valeur allemande (le mark vaut 1 fr. 25).

	Résultats de l'exercice 1894.	Budget de 1898.
Traitements des fonctionnaires.	412.052,090	444.721,348
Indemnités de logement	44.206,763	49.160,440
Pensions des fonctionnaires civils, des Pos- tes et Télégraphes et de l'Imprimerie	44.177,970	48.152,520
	<u>440.436,823</u>	<u>482.034,308</u>

En quatre années l'augmentation est donc de 41.597.685 marks, soit 29,6 %, ce qui paraît véritablement formidable.

Les 144.721.348 marks de traitements proprement dits, pour 1898, se répartissent ainsi :

Postes et Télégraphes : Bureau central	1.541.710	
Exploitation	116.216.393	
	<u>117.758.103</u>	117.758.103
Chemins de fer d'Alsace-Lorraine.		12.422.770
Affaires étrangères : Office central	1.087.040	
Ambassades.	2.846.000	
Consulats	2.697.450	
Colonies.	186.735	
	<u>6.817.225</u>	6.817.225
Office de l'Intérieur : Bureau central.	563.980	
Diverses commissions et office du canal.	3.332.920	
	<u>3.896.900</u>	3.896.900
Office de la Justice : Administration centrale	212.220	
Tribunal de l'Empire	1.351.360	
	<u>1.563.580</u>	1.563.580
Office du trésor		726.520
Cours des comptes de l'Empire.		667.960
Chancellerie Impériale.		256.140
Office de surveillance des chemins de fer.		237.120
A reporter		<u>144.346.318</u>

Report.	144.346.318
Imprimerie de l'Empire.	214.350
Fonctionnaires du Reichstag	94.580
Administration du fonds des Invalides	66.100
	144.721.348

Les 18.152.520 marks payés pour les diverses pensions, non compris les chemins de fer, se répartissent de la façon suivante :

Postes et Télégraphes.	16.590.000
Administrations civiles.	1.504.720
Imprimerie de l'Empire.	57.800
	18.152.520

Les pensions proprement dites, c'est-à-dire celles des fonctionnaires civils, payées sur le fonds spécial des pensions, sont presque insignifiantes, ce qui montre encore qu'en dehors de la Poste et des chemins de fer d'Alsace-Lorraine, l'Empire n'a pour ainsi dire pas d'administration, mais simplement des organes de surveillance.

Tandis que les pensions des administrations civiles ne s'élèvent qu'à 1.504.720 marks.

Les pensions militaires pour les trois contingents : Prussien, Saxon

et Wurtembergeois, s'élèvent à. . . 50.632.465 »

et les pensions de la marine à. . . 3.313.022 »

Les pensions civiles ne représentent que 2,8 0/0 par rapport aux pensions militaires et maritimes simplement citées à titre de comparaison.

Si faibles qu'elles soient, elles présentent cependant un accroissement rapide, comme on peut le voir par les chiffres suivants :

	Exercice vérifié de 1894	Budget de 1897	Budget de 1898
Pensions proprement dites. . . .	750.848	948.000	990.000
Traitements de disponibilité. . .	167.828	203.370	196.720
Pensions de veuves et d'orphelins	198.829	250.000	263.000
Sommes accordées à titre gra- cieux	33.923	39.500	53.000
	1.151.428	1.440.870	1.504.720

En quatre années cet accroissement est de 30,7 0/0.

La comparaison des chiffres, tant des traitements que des pensions, montre que l'administration des Postes et Télégraphes est de beaucoup la plus importante de l'Empire, encore ne faut-il pas oublier que la Bavière et le Wurtemberg ont gardé leurs propres Postes dont les chiffres se trouvent plus loin (1).

Le personnel de l'administration des Postes et Télégraphes de l'Empire augmente très rapidement ;

Il y avait en 1892.	137.028 fonctionnaires.
— 1893.	142.468 —
— 1894.	148.035 —
— 1895.	154.293 —
— 1896.	161.000 —

Pour donner une idée de l'augmentation des charges qu'entraîne l'augmentation du personnel, nous avons dressé le tableau suivant :

1) Voir p. 332-334.

	1875	1880	1885	1890	1894	1898
Traitements.....	47.263.454	58.024.443	72.423.515	84.327.570	88.682.436	417.758.403
Indemnités de logement		7.357.507	8.027.639	9.891.863	12.924.285	17.679.000
Pensions de retraites...	1.876.581	3.283.913	4.506.898	7.722.444	10.009.429	12.640.000
Pensions pour accidents (loi de 1886)	»	»	»	58.544	70.527	97.000
Pensions de veuves et orphelins (loi de 1881)	par fav. 322.616	par fav. 397.107	782.510	1.888.714	2.892.771	3.950.000
Protections et indemnités diverses.....	444.442	679.407	1.337.830	1.515.766	504.839	735.000
Cotisations aux assurances obligatoires...	»	»	»	»	138.204	187.000
Frais de remplacement des fonctionnaires malades, en congé ou empêchés.....	1.571.713	1.737.606	2.248.555	3.408.921	4.468.619	5.410.000
	51.478.506	71.479.653	89.026.947	108.513.519	119.390.507	158.456.403

Le total de 158.456.103 M. pour l'année 1898, représente 84 % des dépenses totales du budget de cette année par rapport aux fonctionnaires publics fédéraux.

II. — Prusse.

Les charges du budget prussien de 1898 se répartissent de la façon suivante :

Traitements.	341.314.285
Indemnités de logement.	38.488.470
Pensions	88.795.394
	468.598.149

Les 341.314.285 marks de traitements, se répartissent comme suit entre les diverses administrations :

Chemins de fer	161.306.724
Justice.	58.987.405
Intérieur	33.099.833
Impôts indirects	22.701.345
Instruction publique, cultes, etc.	13.481.529
Finances	10.845.735
Forêts.	9.759.417
Impôts directs.	7.103.420
Mines, salines, etc.	5.818.515
Constructions	5.763.586
Agriculture	5.402.920
Commerce, industrie, travaux publics.	3.091.866
Autres administrations moins importantes, réunies.	3.951.990
	341.314.285

L'administration de beaucoup la plus importante est celle des chemins de fer. Son personnel augmente d'année en année dans de fortes proportions.

Il est pour 1898-1899 de . . . 114.167 fonctionnaires tandis qu'il n'était en 1897-1898

que de 103.122 —
soit une augmentation de . . . 11.045 —

en une seule année, augmentation qui est de 10,7 %. Les

charges totales occasionnées par le personnel de cette administration sont :

	1896/97	1897/98	1898/99
Traitements.	133.272.167	141.163.700	160.550.900
Indemnités de logement.	17.274.843	18.285.400	20.428.700
Paiements à but de bienfaisance, pensions, frais de maladie, etc.	16.161.536	17.050.150	17.813.600
	<u>166.708.546</u>	<u>176.501.250</u>	<u>198.793.200</u>

L'augmentation en deux ans est donc de 32.084.654 m. soit 19, 2 0/0.

Quant aux pensions qui montent pour 1898 à 88.795.394 marks, elles se décomposent ainsi :

Pensions des fonctionnaires civils et de la gendarmerie.	40.500.000
Pensions de leurs veuves et orphelins.	13.500.000
Pensions payées par diverses caisses de veuves et d'orphelins des mêmes fonctionnaires.	5.129.000
Pensions des maîtres d'écoles, de leurs veuves et de leurs orphelins.	7.538.000
Sommes payées au profit des ecclésiastiques et de leurs familles.	1.274.600
Pensions des chemins de fer :	
Pensions de retraites.	6.503.500
Pensions de veuves et orphelins.	5.286.400
Pensions payées en vertu de la législation sur les assurances, obligations contre les accidents.	3.203.300
Rentes d'ascendants	65.200
	<u>15.058.400</u>
Autres paiements faits à toutes catégories de fonctionnaires, pour frais de maladie, pensions de faveur ou protections diverses ayant plus ou moins le caractère de pensions	5.795.394
Total.	<u>88.795.394</u>

III. — Bavière.

Comme en Prusse et dans l'Empire, le nombre des fonctionnaires publics et les charges qu'ils entraînent, augmentent largement en Bavière. Il est sur ce point plus facile

d'avoir des renseignements exacts, dans le budget bava-
rois, car il porte après les budgets détaillés de chaque admi-
nistration, un état de leurs fonctionnaires.

Le nombre des fonctionnaires publics de la Bavière, tant
pragmatiques que non pragmatiques, est :

d'après le budget de 1898-1899 de	52.500
et d'après celui de 1896-1897 de	47.500
ce qui fait en deux ans une augmentation de	<u>5.000</u>

fonctionnaires, soit 10, 5 $\frac{0}{100}$.

Les 52.500 fonctionnaires de l'année 1898 se répartissent
ainsi :

Chemins de fer.	22.575
Administrations civiles.	18.805
Postes et Télégraphes.	<u>11.120</u>
	52.500

Mais il faut, pour connaître les chiffres exacts, y ajouter
les fonctionnaires payés, non sur le budget, mais sur les
fonds disponibles de l'administration, ce qui fait environ
17.500, soit au total environ 70.000 employés et fonction-
naires de tous ordres, pour un État de 5.818.500 habitants
et de 75.864 kilomètres carrés : il y a donc à peu près un
fonctionnaire par 83 habitants et pour 1 kil. carré 08.

Les charges budgétaires totales pour ce personnel, sont
les suivantes :

	1896	1898
Traitements.	78.579.000	85.754.350
Indemnités diverses.	9.560.300	10.704.650
Pensions	<u>14.183.880</u>	<u>16.003.592</u>
	102.323.180	112.462.592

L'augmentation en deux ans est donc de 10.139.412 m.
soit 9,9 $\frac{0}{100}$.

Les 85.754.350 marks de traitements pour 1898, se ré-
partissent ainsi entre les diverses administrations :

Chemins de fer	31.978.000
Postes et Télégraphes.	15.122.000
Justice.	9.334.400
Intérieur.	8.005.700
Instruction publique, Cultes	7.027.000
Forêts	5.055.600
Impôts indirects.	4.397.600
Finances.	3.068.000
Autres administrations réunies.	4.766.050
	85.754.350

Les pensions pour 1898, qui atteignent 16.003.592 marks, sont ainsi réparties :

Pensions des fonctionnaires.	10.232.316
Pensions des veuves et orphelins.	4.987.606
Protections diverses	783.670
	16.003.592

IV. — *Saxe.*

Les charges des budgets de 1896 et 1898 pour le personnel administratif saxon sont les suivantes :

	Exercice de 1896	Budget de 1898-99
Traitements des fonctionnaires.	52.076.310	54.712.240
Accessoires du traitement	6.734.150	7.222.380
	58.810.460	61.934.620

L'augmentation en deux ans, rien que pour les traitements et leurs accessoires, est de 3.124.160 marks, c'est-à-dire de 5,3 %, ce qui est peu, relativement aux autres États allemands.

Il faut, pour connaître en entier les charges du budget de 1898, ajouter à la somme indiquée de : 61.934.620 le montant des pensions, qui est de . . . 8.416.100 ce qui fait en tout 70.350.720 m.

Les 54.712.240 marks de traitements proprement dits se décomposent ainsi :

Chemins de fer.	23.684.490
Justice.	8.637.100
Intérieur.	7.780.390
Instruction publique et cultes.	5.090.250
Impôts.	3.966.870
Travaux publics.	2.728.300
Forêts.	1.168.140
Autres administrations réunies.	1.656.700
	<u>54.712.240</u>

Les 8.416.100 marks de pensions se répartissent de la façon suivante :

Pensions des fonctionnaires civils.	3.125.282
Pensions de leurs veuves.	1.746.250
Pensions de leurs orphelins.	139.707
Traitements de disponibilité.	27.552
Pensions diverses des chemins de fer.	3.377.309
	<u>8.416.100</u>

V. — Wurtemberg.

Les dépenses concernant les fonctionnaires publics du Wurtemberg ont été pour 1896 et 1898 :

	Budget de 1896-97	Budget de 1898-99
Traitements.	24.331.255	25.122.897
Indemnités de logement.	1.044.224	1.117.920
Pensions.	3.775.581	4.214.110
	<u>29.151.060</u>	<u>30.454.927</u>

L'augmentation, en deux ans, est donc de 1.300.867 marks c'est-à-dire de 4,4 %, ce qui est le chiffre le plus bas de tous les États allemands.

Pour 1898 la somme de 25.122.897 m., de traitements proprement dits se répartit entre les administrations comme suit :

Chemins de fer.	6.869.190
Cultes et Instruction publique.	5.682.440
Postes et Télégraphes.	3.587.980
Justice.	2.694.878
Intérieur.	2.125.245
Finances.	1.810.700
Domaines, Forêts, Mines.	1.322.100
Impôts, cadastre.	567.210
Autres administrations.	463.154
	<u>25.122.897</u>

Les 4.211.110 marks de pensions se répartissent ainsi :

Pensions des fonctionnaires publics et des officiers de la gendarmerie.	1.121.948
Pensions des professeurs des collèges et lycées.	107.590
Contributions aux caisses de veuves et orphelins.	936.000
Chemins de fer : paiements ayant plus ou moins le caractère de pensions.	809.000
Postes et Télégraphes, paiements analogues.	193.900
Pensions et indemnités gracieuses, ou protections diverses.	1.042.672
Total	4.211.110

VI — *Bade.*

Les dépenses concernant les fonctionnaires publics badois pour 1896 et 1898, sont les suivantes :

	Budget de 1896-97	Budget de 1898-99
Traitements	24.381.000	26.037.256
Indemnités de logement	3.100.000	3.372.710
Pensions.	3.790.500	4.238.490
Total.	31.271.500	33.648.456

L'augmentation en deux ans est de 2.376.956 M. soit 7,9 %₀, un peu plus qu'en Wurtemberg et en Saxe.

Les 26.037.256 M. de traitements pour 1898, se répartissent comme suit :

Justice, Cultes, Instruction publique	9.780.586
Chemins de fer.	7.912.820
Intérieur.	4.054.180
Finances.	3.967.500
Autres administrations réunies	322.170
Total.	26.037.256

Les 4.238.490 M. de pensions se répartissent ainsi pour 1898 :

Pensions des fonctionnaires budgétaires.	2.186.000
— des instituteurs	497.000
— de faveur et subventions diverses	141.600
Subventions aux caisses de veuves et orphelins	1.253.000
Pensions de faveur à des veuves et orphelins.	160.890
Total.	4.238.490

VII. — *Allemagne entière.*

Après avoir donné par le détail, les chiffres concernant les fonctionnaires publics de tous les États quelque peu importants de l'Allemagne, il faut les rassembler pour calculer ce que coûtent à l'Allemagne entière ses divers services publics. En additionnant ces chiffres nous n'obtiendrons pas des résultats exacts, car nous avons laissé de côté, les 21 États allemands de 3^e ou 4^e grandeur. Aussi, pour nous rapprocher autant que possible de la réalité, serons-nous obligé d'ajouter à nos additions des sommes proportionnelles aux populations laissées de côté.

L'Empire d'Allemagne a, d'après le dernier recensement du 2 décembre 1895 : 52.279.901 habitants :

La Prusse a.	31.855.123 habitants.	
— Bavière.	5.818.554	—
— Saxe.	3.787.688	—
— Wurtemberg.	2.081.151	—
— Bade.	1.725.464	—
Total.	45.267.980	—

La population des 21 petits États restants, est donc de 7.011.921 habitants qui représentent les 15,5 % de la population des grands États. C'est de cette proportion de 15,5 % qu'il faudra augmenter nos additions, en faisant remarquer que nos résultats seront sans doute inférieurs à la réalité, car l'administration d'un petit État coûte proportionnellement plus cher que celle d'un grand : il a, comme l'autre, besoin de ministères, de chambres des comptes, de représentation diplomatique, etc., toutes dépenses qui sont loin d'être proportionnelles à la grandeur d'un État, et qui se multiplient en Allemagne inutilement. Cette règle est démontrée par les chiffres suivants :

Les dépenses occasionnées par le corps des fonctionnaires se repartissent dans les divers États, eu égard à la population et à la superficie, comme suit :

En Prusse	M. 14.74	par habitant et	M. 1.349,99	par kil. carré.
— Bavière	19.33	—	1.483.67	—
— Saxe	18.57	—	4.693.12	—
— Wurtemb.	14.63	—	1.560.84	—
— Bade	19.51	—	2.231.30	—

Ces chiffres ne sont pas d'une régularité croissante absolue à mesure que l'État diminue en grandeur. Le Wurtemberg y fait exception par rapport à la population, car les traitements y sont plus bas que dans les autres États, et la Saxe par rapport à la superficie, la densité de sa population par kilomètre carré étant la plus forte de toute l'Allemagne, et de beaucoup. D'une façon générale, la règle indiquée plus haut se vérifie quand même. Le Grand-Duché de Bade est, de toute l'Allemagne, l'État qui ressemble le plus à la Prusse, tant au point de vue de sa législation que de sa densité. Or les frais du personnel administratif y sont beaucoup plus élevés qu'en Prusse, aussi bien par habitant que par kilomètre carré.

Pour l'Allemagne entière nos additions donnent les résultats suivants :

Traitements : Empire	144.721.348	
Prusse	341.314.285	
Bavière	85.754.350	
Saxe	54.712.240	
Wurtemberg	25.122.897	
Bade	26.037.256	
Total	<u>677.662.376</u>	677.662.376
Indemnités de logement : Empire	19.160.440	
Prusse	38.488.470	
Bavière	10.704.650	
Saxe	7.222.380	
Wurtemberg	1.117.920	
Bade	3.372.710	
Total	<u>80.066.570</u>	80.066.570
A reporter		<u>757.728.946</u>

	Report.	757.728.946
Pensions diverses : Empire.	18.452.520	
Prusse	88.785.394	
Bavière.	16.003.592	
Saxe	8.446.100	
Wurtemberg	4.211.110	
Bade	4.238.490	
Total.	<u>139.807.206</u>	139.807.206
		897.536.152
Majoration de 15,5 % pour le reste de l'Al-		
lemagne		139.118.097
Total général.	M.	<u>1.036.654.249</u>

C'est donc à M. 1.036.654.249, c'est-à-dire à Fr. 1.295.817.811.25 qu'on peut évaluer les dépenses totales de l'Allemagne pour les traitements et pensions des fonctionnaires publics ; encore ces chiffres ne contiennent-ils pas les sommes payées par les administrations sur leurs fonds disponibles, sans contrôle du budget : les frais de voyage, de déplacement, de représentation, etc. : sommes qui montent elles-mêmes environ à 180 millions de marks, c'est-à-dire à 225 millions de francs, mais qu'il est difficile de connaître exactement, puisque les divers budgets ne les rangent pas sous les mêmes rubriques, et qu'une partie des sommes indiquées sous le nom de « paiements personnels » est payée non à des fonctionnaires mais à des personnes de condition ouvrière : il vaut donc mieux citer ces sommes simplement pour mémoire.

Dans le total de 1.036.654.249 marks les traitements entrent pour les sommes suivantes :

Traitements des grands Etats.	677.662.000	
Augmentation proportionnelle de 15,5 %.	105.038.000	
Total.	<u>782.700.000</u>	Marks qui se
décomposent ainsi (sommes arrondies) :		
Postes et télégraphes : Empire	117.738.000	
Bavière	15.122.000	
Wurtemberg	3.588.000	
Total.	<u>136.468.000</u>	136.468.000

	Report.	136,468.000	
Chemins de fer : Empire (Alsace-Lorraine)	12,423.000		
Prusse	161,307.000		
Bavière	31,978.000		
Saxe	23,684.000		
Wurtemberg	6,869.000		
Bade	7,912.000		
Augmentation proportionnelle aux Etats lais-			
sés de côté (10,5 %) (1)	25,638.000		
Total	269,811.000	269,811.000	
Justice : Empire	1,564.000		
Prusse	58,987.000		
Bavière	9,334.000		
Saxe	8,637.000		
Wurtemberg	2,695.000		
Augmentation proportionnelle aux Etats lais-			
sés de côté (16,7 %) (2)	13,583.000		
Total	94,800.000	94,800.000	
Intérieur : Empire	3,897.000		
Prusse	33,100.000		
Bavière	8,006.000		
Saxe	7,780.000		
Wurtemberg	2,125.000		
Bade	4,054.000		
Augmentation proportionnelle aux Etats lais-			
sés de côté (15,5 %)	9,139.000		
Total	68,101.000	68,101.000	
Impôts : Prusse	29,804.000		
Bavière	4,780.000		
Saxe	3,967.000		
Wurtemberg	567.000		
Augmentation proportionnelle aux Etats lais-			
sés de côté (16,7 %) (3)	6,533.000		
Total	45,651.000	45,651.000	
Instruction publique et cultes : Prusse	13,482.000		
Bavière	7,027.000		
Saxe	5,090.000		
Wurtemberg	5,682.000		
Augmentation proportionnelle aux Etats lais-			
sés de côté (16,7 %) (4)	5,224.000		
Total	36,505.000	36,505.000	
A reporter		651,336.000	

(1) Au lieu de 15,5 %, car il faut déduire la proportion qui revient à l'Alsace-Lorraine.

(2) Au lieu de 15,5 %, car nous ne donnons pas les chiffres du Grand-Duché de Bade.

(3) Bade étant laissé de côté.

(4) *Id.*

	Report	651.336.000
Finances : Prusse	10.846.000	
Bavière	3.068.000	
Wurtemberg	1.810.000	
Bade	3.967.000	
Augmentation proportionnelle aux Etats lais-		
sés de côté (20,7 %) (1).	4.076.000	
Total.	23.767.000	23.767.000
Affaires étrangères et colonies de l'Empire. .		6.817.000
Autres administrations moins importantes		
réunies		100.780.000
Total général.		782.700.000

VIII. — *Charges comparées de l'Allemagne et de la France.*

Nous avons évalué les charges totales de l'Allemagne à 1.036.654.249 marks. Si l'on veut répartir cette somme par kilomètre carré et par tête d'habitant, on trouve que : l'Allemagne ayant une superficie de 540.657 kilomètres carrés, et une population de 52.279.901 habitants, cela fait 1.917 m. 40 (2.396 fr. 75) par kilomètre carré, et 19 m. 83 (24 fr. 79) par tête d'habitant.

Pour la France les charges occasionnées par le personnel administratif sont, quoique beaucoup moindres, encore très considérables : elles se décomposent ainsi (2) :

Traitements.	616 millions de francs.	
Pensions	70	—
Total	686	—
sur lesquels il faut déduire les retenues payées		
par les fonctionnaires, c'est-à-dire.	25	—
Il reste encore à la charge de l'Etat	661	—

La France a une superficie de 536.408 kilomètres carrés

(1) La Saxe étant laissée de côté.

(2) Ces chiffres s'appliquent à 1896, ils sont donnés par Turquan, *Journal des Economistes* du 15 octobre 1897, p. 151.

et sa population est de 38.343.000 habitants, ce qui fait 4.448 fr. 39 par kilomètre carré et 16 fr. 06 par tête d'habitant. Ces dépenses ne sont par rapport à la superficie que de 47 %, et par rapport à la population que de 64,7 % des dépenses supportées en Allemagne. Cette différence, si importante qu'elle soit, ne s'explique pas simplement par la moindre générosité de la législation française envers les fonctionnaires, mais aussi par ce fait, qu'en France, une faible partie des chemins de fer seulement est exploitée par l'État, tandis que les chemins de fer privés sont une quantité négligeable en Allemagne.

CHAPITRE X

FIN DU SERVICE PUBLIC (1).

Le rapport qui unit le fonctionnaire à l'État n'est pas lié essentiellement à l'exercice de la fonction publique : on a vu qu'il subsiste en cas de congé et en cas de mise en disponibilité provisoire ou de suspension préalable : cependant comme, en fait, le fonctionnaire est destiné à exercer une fonction, et qu'il n'en peut être entièrement dépourvu par principe, la situation du fonctionnaire cesse toutes les fois que l'exercice effectif de la fonction cesse définitivement lui-même.

I. — *Mort.*

Le cas le plus simple de cessation des fonctions est la mort du fonctionnaire ; cependant la qualité éteinte produit encore des effets par rapport à la famille du fonctionnaire qui touche précisément à la suite de cet événement les diverses pensions étudiées au chapitre précédent.

II. — *Destitution ou condamnation.*

On a vu également que la destitution d'un fonctionnaire par voie disciplinaire supprime chez lui la qualité officielle, et avec elle tous ses droits à pension pour lui et sa famille.

(1) Cf. Laband, *op. cit.*, I, § 52, p. 478-484 ; G. Meyer, *op. cit.*, § 151, p. 467-476 ; Seydel, *op. cit.*, II, p. 299-303 ; Gaupp, *op. cit.*, p. 162-164.

Il en est de même d'une condamnation à une peine portant dégradation de l'emploi ou incapacité de remplir à l'avenir un emploi public. Telles sont les peines de travaux forcés, ou de dégradation civique, ou l'incapacité temporaire ajoutée comme peine accessoire à une peine de prison (1). Le fonctionnaire perd alors *ipso jure*, et sans aucune procédure disciplinaire, sa qualité ainsi que tous les droits qui y sont attachés.

III. — *Démission.*

Par sa démission, le fonctionnaire peut également se libérer du service public : aucune loi, aucune règle ne le constate expressément, mais aucune non plus ne restreint cette liberté, qui est habituelle et reconnue par tous les États ; le fonctionnaire peut démissionner en tout temps, qu'il ait ou non derrière lui les années de service donnant droit à la pension, mais il perd dans ce cas tous ses droits. Cette faculté se justifie par l'absence de contrainte au service public, et par le danger qu'il y a de maintenir contre son gré une personne en fonction ; elle ne prend plus aucun intérêt à son service et n'est pas disposée à lui consacrer tous ses efforts, ainsi que doit le faire un fonctionnaire utile.

Le fonctionnaire démissionnaire conserve encore sa qualité jusqu'à ce que la démission ait été acceptée par l'autorité compétente, c'est-à-dire dans l'Empire par l'Empereur ou les délégués auxquels il a transmis son droit. Les fonctionnaires médiats de l'Empire peuvent également faire accepter leur démission par le souverain local.

(1) Code pénal allemand, §§ 31, 33, 35, al. 2, 81, 83, 84, 87-91, 94, 95, 128, 129, 358.

IV. — *Mise à la retraite.*

Enfin le dernier cas de cessation de la fonction publique, le seul qui soit susceptible ici de développements, est la mise à la retraite du fonctionnaire, qui peut avoir lieu soit sur sa demande, soit par voie d'autorité.

La législation allemande reste encore fidèle en cette matière au grand principe qui la caractérise d'un bout à l'autre ; à savoir la persistance de l'aptitude à la fonction publique une fois que cette aptitude a été reconnue et sanctionnée par la nomination. Cette persistance se manifeste par l'inamovibilité du fonctionnaire lorsqu'il accomplit son devoir sans faiblesse morale ou physique. Mais, de même que l'État peut se débarrasser, par voie disciplinaire, d'un fonctionnaire indigne et dangereux pour le service public, il n'est pas obligé, lorsqu'il se trouve en présence d'un fonctionnaire fatigué, usé par sa fonction ou par une faiblesse physique quelconque qui le rend inférieur à lui-même, de le garder indéfiniment à son service. Il peut le mettre à la retraite. Cette mesure qui a un caractère d'utilité publique, ne doit cependant pas être un moyen de se débarrasser arbitrairement d'un fonctionnaire par simple déplaisir, par disgrâce ou pour refus de service politique ; aussi les lois ont-elles entouré la mise à la retraite d'office de formes minutieuses et de garanties considérables.

1. *Mise à la retraite sur demande du fonctionnaire.* — Le fonctionnaire peut demander sa mise à la retraite lorsqu'il a acquis le droit à la pension en remplissant les conditions. Nous n'avons ici qu'à répéter ce qui a été dit au chapitre des pensions.

a) Ces conditions sont remplies d'après la législation de l'Empire et de la Prusse :

1^o Lorsqu'après 10 ans de service le fonctionnaire se trouve incapable de continuer sa fonction par suite d'une infirmité physique ou d'un affaiblissement de ses forces physiques ou intellectuelles. Les fonctionnaires nommés avec réserve de la révocabilité jouissent du même droit pourvu que leur place soit inscrite au budget ; au cas contraire, la pension n'est pour eux qu'une faveur (1).

2^o Lorsqu'après 10 ans de service au moins, il atteint l'âge de 65 ans : l'incapacité de service n'est plus alors une condition du pensionnement (2), le fonctionnaire peut à ce moment demander sa mise à la retraite, même s'il reste en parfait état de santé.

3^o Avant l'accomplissement de la 10^e année de service, s'il devient incapable de continuer ses fonctions par suite d'un accident ou d'une maladie occasionnée par le service : au cas où l'infirmité n'est pas occasionnée par le service, la pension peut être accordée quand même, mais ne constitue pas un droit (3).

4^o Ont droit à la mise à la retraite avec pension sans autre condition que deux ans de service, un certain nombre de fonctionnaires politiques qui remplissent des fonctions à lourde responsabilité et qui ne peuvent par suite être contraints de rester en charge sitôt que les tendances de la politique sont en désaccord avec leurs opinions. Ces

(1) R. B. G., §§ 34 et 37 ; Prusse, loi de 1872, §§ 1 et 2.

(2) R. B. G., § 34-a. Cette disposition a été ajoutée après coup par loi du 21 avril 1886 ; Prusse, loi de 1872, § 1, al. 3 et § 30 ; Bade, loi de 1888, § 28, n^o 1 (En Bavière et en Hesse, 70 ans au lieu de 65, ou bien 40 ans de service sans condition d'âge ; Bavière, édit de 1818, § 22 ; Hesse, édit de 1820, art. 9).

(3) R. B. G., § 36 ; Prusse, loi de 1872, § 1, al. 2.

variations étant fréquentes, la durée du temps qui permet d'acquérir la pension a été réduite d'après la législation d'Empire à un minimum de 2 ans. Les fonctionnaires auxquels s'applique cette disposition, sont : le Chancelier de l'Empire et les 3 secrétaires d'État à l'Intérieur à la Marine et aux Affaires étrangères (1) ; en Alsace-Lorraine le Statthalter, le secrétaire et le sous-secrétaire d'État du Ministère (2) ; mais le pensionnement par 2 ans de service n'empêche pas qu'un de ces fonctionnaires qui n'a pas 2 ans de service dans ladite fonction, tout en ayant plus de 10 ans de service en y ajoutant le service dans d'autres fonctions, ne puisse réclamer son pensionnement en vertu de la règle ordinaire. Il n'a pas droit alors au minimum de la pension spéciale qui est du $\frac{1}{4}$ du traitement de la fonction politique, généralement très élevé, minimum prévu par le paragraphe 34 de la R. B. G. Pour que la pension soit calculée sur ce dernier traitement il semble qu'il faille nécessairement un exercice minimum de deux ans dans la charge politique (3). Les Ministres en Prusse n'ont droit à la pension qu'après 10 ans d'activité (4).

b) Dans tous les cas où le pensionnement doit avoir lieu pour incapacité de service, cette incapacité n'a pas besoin d'être absolue : il suffit qu'elle ne permette pas un exercice régulier de la charge, mais elle doit être prouvée, et c'est au fonctionnaire qu'incombe la charge de la preuve. Il doit donc apporter, s'il y a lieu, les certificats médicaux

(1) R. B. G., § 35.

(2) Loi du 4 juillet 1879, § 6.

(3) Voir pour plus de détails par rapport aux hauts fonctionnaires politiques : Laband, *op. cit.*, I, p. 481, note 4 ; G. Meyer, *op. cit.*, p. 470, note 6 ; Pieper, *op. cit.*, § 35, note 1, p. 133-136.

(4) Prusse, Constitution du 31 janvier 1850, art. 45, et loi du 27 mars 1872, § 1, al. 3.

nécessaires, et s'il n'a pas dix ans de service, il doit prouver également que l'incapacité de service provient de la fonction. Ses supérieurs immédiats doivent déclarer qu'ils considèrent la demande comme justifiée. Elle est ensuite approuvée, dans l'Empire, par l'autorité centrale dont dépend le fonctionnaire, en Prusse par le Ministre de son ressort, en Saxe par l'autorité qui a qualité pour la nomination, en Alsace-Lorraine par le Shatthalter. Ces autorités peuvent déléguer leur droit ; elles sont libres de prendre les mesures de vérification qu'elles croient utiles et tranchent la question du pensionnement, en fixant la date à laquelle il commencera.

Le montant de la pension est calculé d'après les règles légales, et fixé par accord avec le Ministre des finances. Lorsque le fonctionnaire est nommé par l'Empereur ou par le Roi, leur approbation est nécessaire pour décider du pensionnement. Les instances en pension sont suspendues pendant le cours d'une instruction judiciaire contre le fonctionnaire, sa condamnation pouvant être suivie d'une destitution disciplinaire entraînant perte de la pension, tandis que la pension définitivement liquidée ne peut être retirée d'après la plupart des législations (1).

Le fonctionnaire ne peut exiger son pensionnement par la voie de droit. S'il lui est refusé, il ne peut que rester en fonction ou donner sa démission en perdant tous ses droits ; mais s'il est mis à la retraite il peut agir en justice par rapport au montant de sa pension, selon les règles qui ont été exposées au chapitre précédent.

2. *Mise à la retraite d'office.* — La mise à la retraite

(1) R. B. G., §§ 39, 53, 54. Prusse, loi de 1872, §§ 20-22 ; Bavière, Edit du 26 août 1818, § 22-d, al. 2 ; Saxe, loi de 1876, § 10 ; Wurt., loi de 1876, art. 34 et 38 ; Bade, loi de 1888, §§ 53, 54.

d'office est entourée de plus ou moins de garanties, selon qu'il s'agit de fonctionnaires politiques, de fonctionnaires judiciaires ou de fonctionnaires administratifs, et dans ce dernier cas, selon qu'ils ont droit à la pension de retraite ou non.

La mise à la retraite des fonctionnaires politiques n'est entourée d'aucune garantie pour les mêmes raisons qui leur permettent de se retirer à leur gré. Quant aux fonctionnaires judiciaires ils ne peuvent être mis à la retraite qu'à peu près dans les formes nécessitées pour leur destitution par voie disciplinaire, peu importe qu'ils aient ou qu'ils n'aient pas droit à la pension. Au contraire la distinction s'impose par rapport aux fonctionnaires administratifs : lorsqu'ils sont pensionnables, leur mise à la retraite ne les livre pas à la misère, puisqu'ils touchent une rente de l'État ; dans le cas contraire, quittant le plus souvent leur fonction pour raison de santé, ils sont incapables de gagner autrement leur vie, et la mesure d'utilité publique prise contre eux porte un caractère beaucoup plus grave : aussi faut-il être certain qu'elle est bien nécessaire ; elle est l'objet d'un jugement véritable rendu en la forme disciplinaire.

a) *Fonctionnaires politiques.* — Le chancelier de l'Empire, et les 3 secrétaires d'Etat à l'Intérieur, à la Marine, et aux Affaires étrangères, peuvent en tout temps être contraints de quitter leur fonction sans s'occuper de savoir s'ils ont droit à la pension ou non (1). Il en est de même des ministres dans tous les États (2). L'exercice de tout gouvernement deviendrait impossible si les titulaires des

(1) R. B. G., § 35 ; pour le Statthalter d'Alsace-Lorraine, loi du 4 juillet 1879, § 1.

(2) Prusse, Constitution du 31 janvier 1850, § 45 ; loi du 27 mai 1872, § 1 ; Wurt., loi sur les fonctionnaires, art. 48 ; Brunswick, loi sur les fonctionnaires, § 110 ; Anhalt, loi sur les fonctionnaires, § 27.

plus hautes charges pouvaient rester en fonction malgré la volonté de leur souverain : la chose est d'autant plus nécessaire en Allemagne que l'Empire n'est pas un État parlementaire, mais un État de gouvernement personnel. Le renvoi à volonté des ministres est une conséquence nécessaire du droit qui leur est reconnu, de se refuser à la contre-signature d'un acte du souverain. Sous peine de cesser de l'être, ce dernier doit pouvoir les remplacer par des personnages plus dociles. Le nombre des fonctionnaires ainsi congéables est très restreint en Allemagne comme on le voit. Quant aux autres fonctionnaires touchant à la politique, tels que les présidents supérieurs de Provinces, ils peuvent en tout temps être mis en disponibilité provisoire, mais non retraités, ce qui les rend inoffensifs si le besoin s'en fait sentir, sans anéantir leur droit à la pension.

b) *Fonctionnaires judiciaires.* — La procédure pour mettre d'office un juge à la retraite est la même, qu'il ait ou non droit à la pension. Lorsqu'un juge prussien devient incapable de remplir ses fonctions par suite de cécité, surdité ou autre infirmité corporelle, ou par suite d'affaiblissement de ses forces physiques ou intellectuelles, il doit être mis à la retraite d'office (1) ; à cet effet le président du tribunal dont il fait partie est chargé de le prévenir par écrit, et avec l'indication des motifs ; cette déclaration est faite aux juges uniques (*Amtsrichter*) par le président du tribunal de première instance dont ils dépendent, aux présidents des tribunaux de première instance par le président de la Cour d'appel ; aux présidents des Cours d'ap-

(1) Prusse, loi de 1851, § 56 ; Saxe, loi du 20 mars 1880, § 51, nos 2 et 3.

pel par le premier président de la Cour d'appel de Berlin, mais quant à ces derniers, seulement à la suite d'une décision du Grand Sénat disciplinaire; enfin au premier président de la Cour d'appel de Berlin par une décision plénière du Grand Sénat disciplinaire qui lui est notifiée par son remplaçant légal (1). Lorsque les présidents chargés de la déclaration n'en font pas usage, le tribunal immédiatement supérieur, ou le Grand Sénat peuvent se réunir pour décider que cette notification sera faite au magistrat visé (2). Si ce dernier est incapable de recevoir la déclaration, elle est adressée à un curateur *ad hoc*. Le magistrat ou son curateur a six semaines pour faire la demande de mise à la retraite volontaire (3). Il peut rester inerte et laisser passer ce délai ou présenter des objections; on rassemble alors à nouveau le Grand Sénat disciplinaire, ou s'il s'agit d'un juge inférieur aux présidents de Cours d'appel, la Cour d'appel, qui jugent en Sénat disciplinaire les objections, et décident s'il y a lieu de poursuivre la procédure.

Dans ce dernier cas un juge commissaire est nommé, pour faire une enquête, établir les faits, et entendre les témoins et les experts ainsi que le juge en cause ou son curateur.

Le Sénat disciplinaire auquel les actes sont envoyés, procède à l'audition du Ministère public, et si la chose paraît nécessaire, à celle des témoins, des experts, ou de l'intéressé, qui peut se faire assister d'un avocat. Il décide

(1) Prusse, loi de 1851, §§ 58 et 59; loi du 9 avril 1879, § 14, al. 2. En Saxe, la déclaration est faite par l'autorité qui a nommé le juge, et au moins 3 mois avant la date proposée pour le pensionnement (loi du 20 mars 1880, § 52).

(2) Prusse, loi de 1851, § 59, al. 2.

(3) Prusse, loi de 1851, § 60; Saxe, loi du 20 mars 1880, § 53.

ensuite et sans appel sur la mise à la retraite du juge (1). La décision est communiquée au ministre de la justice qui est chargé de l'exécuter.

c) *Fonctionnaires administratifs ayant acquis le droit à la pension.* — Lorsque le fonctionnaire administratif devient incapable de continuer son service, sa mise à la retraite s'impose pour l'État. La procédure prescrite au cas où il a droit à la pension, est purement administrative. Elle commence par une notification écrite, rédigée sous forme de procès-verbal et envoyée au fonctionnaire intéressé par l'autorité moyenne dont il dépend, ou à un curateur spécial s'il y a lieu (2). Cette déclaration porte qu'il se trouve dans le cas d'être mis à la retraite et lui indique le montant de sa pension. Un délai de six semaines est accordé au fonctionnaire pour y répondre et présenter ses objections ; s'il n'en fait pas usage, ou s'il proteste simplement contre la fixation de la pension, il est considéré comme approuvant tacitement, et l'on procède de la même manière que s'il avait demandé lui-même son pensionnement (3).

Si le fonctionnaire élève des protestations il y a lieu d'en référer à l'autorité centrale compétente, qui décide si la procédure doit être continuée ou non ; un fonctionnaire est nommé qui est chargé d'éclaircir les points douteux, et de procéder avec l'assistance d'un greffier assermenté à l'audition des témoins, experts et du fonctionnaire intéressé ou de son curateur. Le fonctionnaire enfin doit être

(1) Prusse, loi de 1851, §§ 60-64. En Saxe, c'est la Cour d'appel qui est compétente (loi du 20 mars 1880, § 54).

(2) Ce curateur est nommé selon la législation locale ; par exemple en Prusse, selon l'ordonnance sur les tutelles et curatelles du 5 juillet 1875, § 90. Si l'on ne peut agir par cette voie, l'administration peut désigner un curateur. Cf. Pieper, *op. cit.*, § 62, note 2, p. 206.

(3) R. B. G., §§ 62, 63 ; Saxe, loi de 1876, §§ 41, 42.

entendu dans ses conclusions sur le résultat de l'enquête. Les actes sont ensuite envoyés à l'autorité centrale, qui peut, si elle le juge nécessaire, réclamer un supplément d'enquête.

La décision est prise par la même autorité qui est compétente, lorsqu'il s'agit d'un pensionnement demandé par le fonctionnaire lui-même : s'il est question d'un fonctionnaire nommé par l'Empereur, la décision est prise par ce dernier avec accord du Bundesrat.

Une voie d'appel est réservée aux intéressés : le délai en est de 4 semaines : l'appel est porté au Bundesrat, mais la décision est exécutée provisoirement ; le fonctionnaire est suspendu en attendant une solution définitive (1).

Telle est la marche de la procédure d'après la loi d'Empire : en Prusse elle est un peu plus simple : elle ne comporte pas d'enquête pour l'établissement des preuves : le ministre compétent décide directement ; et s'il s'agit d'un fonctionnaire nommé par le roi personnellement la décision est prise par lui et sans appel, sur la demande du ministère d'État. En cas contraire l'appel est jugé par le ministère d'État.

Les dispositions qui précèdent ne s'appliquent pas aux fonctionnaires nommés sous réserve de révocabilité *ad nutum*, même s'ils ont droit à pension : l'administration n'est tenue à aucune forme pour les renvoyer ; il n'y a pas lieu à procédure quelconque, et en les renvoyant l'administration reste dans les termes de son contrat (2).

(1) R. B. G., §§ 64-66 ; Saxe, loi de 1876, § 13 ; Wurt., loi de 1876, §§ 35-36 ; Bade, loi de 1888, § 31.

(2) Prusse, loi du 21 juillet 1852, §§ 88-90, 91-92 ; loi du 27 mars 1872, § 30.

d) Fonctionnaires administratifs sans droit à la pension.

— Lorsqu'un fonctionnaire devient inapte au service public avant d'avoir acquis le droit à la pension et sans que son service en ait été l'occasion, il ne peut être mis à la retraite contre son gré que dans les mêmes formes qui sont prescrites pour la procédure disciplinaire formelle. Il intervient alors un jugement rendu par une Chambre de discipline, avec appel à la Cour de discipline, s'il s'agit d'un fonctionnaire d'Empire (1). L'administration peut, si elle le juge bon, accorder au fonctionnaire la pension qu'il aurait eue s'il avait acquis le droit à la pension minimum, c'est-à-dire après 10 ans de service exactement, et le mettre à la retraite suivant les règles appliquées aux fonctionnaires ayant droit à la pension (2). Il faut alors un avis favorable du Bundesrat (3).

(1) Voir plus haut, chap. VIII, p. 252 et suiv.

(2) R. B. G., § 68. Prusse, loi de 1852, § 93.

(3) Les fonctionnaires français sont en matière de mise à la retraite d'office, avec ou sans pensions, dans l'entière dépendance de l'exécutif : il n'y a que de rares exceptions : Voir chap. XI, p. 380 et suiv.

CHAPITRE XI

LES FONCTIONNAIRES ET LA LÉGISLATION COMPARÉE.

On a pu voir au cours de ce travail quel soin la législation allemande a apporté à la réglementation de toutes les questions qui intéressent les fonctionnaires publics : nous avons donné en note, pour un certain nombre de questions secondaires, l'exposé de la législation française, mais en laissant de côté jusqu'à présent quelques points très importants de cette législation, principalement en ce qui concerne les voies disciplinaires et les pensions. Des matières de cette importance exigent trop de développements pour figurer en note.

C'est ici le lieu de combler une telle lacune et de reprendre quelques-uns des points principaux de notre étude, en les traitant au point de vue de la législation comparée, méthode qui mettra plus vivement en lumière les avantages et les inconvénients des systèmes opposés.

On peut dire d'une façon générale, que pour constituer un corps de fonctionnaires en état de rendre les services qu'on attend de lui, il faut réunir trois conditions principales qui sont :

- 1^o Choisir les fonctionnaires avec le plus grand soin.
- 2^o Assurer leur vie matérielle et celle de leur famille.
- 3^o Rendre leur situation stable et indépendante du bon plaisir.

1. — *Recrutement des fonctionnaires.*

Il n'y pas lieu d'insister sur l'importance de la première de ces conditions : les fonctionnaires sont investis de la confiance du gouvernement, ils sont dépositaires d'une partie de ses pouvoirs ; il importe donc d'être bien renseigné sur leur moralité, sur leur instruction, sur leurs aptitudes spéciales, en un mot de bien les connaître à tous les points de vue, afin de pouvoir mettre, selon l'expression anglaise, *the right man in the right place*. Beaucoup de modes de recrutement ont été employés qui ne répondaient pas à cette nécessité.

1. Le plus ancien a été en France la vénalité des offices qui s'implanta à partir du règne de Charles VII et devint définitive sous François I^{er}, par l'institution du bureau des parties casuelles en 1529. Sous l'empire de ce système les charges ne s'obtenaient qu'à prix d'argent, par la résignation à ses fonctions, du titulaire de l'office convoité, résignation qui était sanctionnée par le paiement d'une finance au trésor royal. Les offices ainsi achetés constituaient de véritables propriétés, des objets de trafic, susceptibles même de transmission héréditaire pour ce qui concerne les charges de la magistrature.

Ce régime était fort vicieux : il ne permettait pas de tenir compte de l'instruction des candidats, et assurait les places aux plus riches, mais non aux plus capables ; il en fermait l'accès à ceux dont la fortune était modeste. Il était également contraire aux intérêts de la royauté qui se trouvait ainsi désarmée devant ses fonctionnaires, et dans l'impossibilité de les révoquer, sauf le cas très rare de forfaiture. Aussi la vénalité des offices ne s'appliqua-t-

elle jamais aux charges politiques : les gouverneurs des provinces, et plus tard les intendants des généralités qui se substituèrent aux premiers dans l'administration active, étaient de simples commissaires royaux, nommés sans condition autre que la faveur du prince, et révoqués de même. Nos préfets et sous-préfets sont leurs successeurs directs.

A part cette exception, la vénalité des offices s'étendit à toutes les fonctions ; elle dépassa même les limites de la France et pénétra en Allemagne et en Italie. La Révolution française la supprima radicalement. La loi du 9 juin 1853 sur les pensions civiles établit une peine contre le fonctionnaire qui résigne ses fonctions moyennant finances : l'article 27 déclare déchu de ses droits à la pension, le fonctionnaire « convaincu de s'être démis de son emploi à prix d'argent ». Malgré cela on peut encore citer dans notre législation un vestige de ce système décrié. C'est le droit reconnu aux officiers ministériels par l'article 94 de la loi sur les finances du 28 avril 1818, de présenter leur successeur. « Les avocats à la Cour de cassation, notaires, avoués, greffiers, huissiers, agents de change, courtiers, commissaires-priseurs pourront présenter à l'agrément de Sa Majesté, des successeurs, pourvu que ceux-ci réunissent les qualités exigées par les lois. » En droit ces fonctionnaires sont nommés et révoqués par le gouvernement, mais en fait ce dernier est bien obligé de tenir compte de la circonstance qu'ils ont payé leur charge un prix souvent très élevé ; ils sont pour ainsi dire inamovibles.

2. La Révolution française recruta ses fonctionnaires par l'élection populaire (1), mais les gouvernements qui

(1) L'assemblée constituante sanctionnait ce principe même pour les juges (loi du 16 août 1890, titre II, art. 3 et 4). Les membres de la Cour de cas-

lui succédèrent, y renoncèrent complètement. Ce mode de nomination fait cependant encore partie du droit public américain. Dans un grand nombre d'États de l'Union toute les fonctions sont électives du haut en bas de la hiérarchie administrative, y compris celles de justice (1).

De nombreuses critiques doivent être adressées à un pareil régime. Outre les dangereux abus électoraux qu'il comporte, il se montre impuissant à assurer la nomination des meilleurs. Comment une assemblée populaire pourrait-elle en effet comparer les mérites respectifs de plusieurs candidats ? Elle est mauvais juge de la valeur de leurs titres, et ne peut se décider que d'après leur influence politique qui ne coïncide presque jamais avec leur capacité. L'élection ne procure pas, d'ailleurs, à l'élu une indépendance suffisante. Comme elle est de son essence, tempo-

sation eux-mêmes étaient élus pour 10 ans, à raison de 1 par département. Mais un décret du 14 ventôse an III, autorisa le comité de législation de la Convention, à nommer dorénavant les officiers municipaux, les administrateurs et les membres des tribunaux. La constitution de l'an III rétablissait le principe de l'élection populaire, qui resta légal pendant toute la période du Directoire, bien qu'en fait il fût mal appliqué, et que le pouvoir exécutif s'arrogeât souvent le droit de nomination directe par des actes législatifs de légalité douteuse. Cf. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel*, Paris, 1896, p. 338 et 339.

(1) Les juges du tribunal fédéral sont élus par le Président de l'Union avec accord du Parlement (constitution des États-Unis, art. 2, sect. 2, clause 2). Mais les juges des États sont élus par le peuple dans la plupart des États. Il en est ainsi actuellement dans 32 États sur 45, dans 5 autres les juges sont nommés par les assemblées législatives, dans les 8 derniers par le gouverneur, avec ratification par les Conseils, la Législative ou le Sénat. Les nominations dans ces derniers États se font en général par accord avec le barreau, qui possède alors une influence exorbitante. Dans les grandes villes où l'élection des juges est pratiquée, l'on a vu des scandales inouïs. Cf. Nerinx, *Recrutement de la magistrature aux États-Unis*, dans la *Revue de Droit international*, 1898, p. 220-242.

En Suisse les juges du tribunal fédéral sont élus par l'assemblée fédérale, et dans beaucoup de cantons il en est de même en ce qui touche les juges locaux.

raire, il s'occupera bien plus des soins de sa réélection que de ses devoirs professionnels. C'est surtout en matière de justice que les abus peuvent être dangereux (1). Enfin pour en terminer avec l'élection populaire il faut ajouter qu'elle multiplie d'une façon regrettable l'apprentissage des fonctionnaires, en raison même du peu d'années qu'ils restent en fonction.

3. Ce n'est pas ainsi qu'on peut créer un corps de fonctionnaires consciencieux. Le choix des candidats se fait aujourd'hui presque partout au moyen des examens et concours. On nomme aux emplois ceux qui obtiennent les meilleures notes dans les épreuves instituées pour chaque branche de la fonction publique. C'est, malgré quelques abus, la seule façon équitable de choisir parmi les candidats. Sans doute les épreuves ne sont pas toujours probantes, mais il faut admettre qu'elles offrent à peu près les mêmes difficultés pour tous, et si l'impartialité y est assurée, les résultats en sont fort bons. Aussi tous les États ont-ils plus ou moins institué des concours et examens : mais l'organisation et les garanties en varient à l'infini.

a) Aux États-Unis les concours n'existent que depuis 1883, et ils ne s'appliquent qu'à quelques fonctions fédé-

(1) Les inconvénients de l'élection des magistrats au suffrage populaire sont considérables. Cf. Esmein, *op. cit.*, p. 334. « Il leur faudra une singulière force d'âme pour ne se laisser jamais influencer dans l'exercice de leurs fonctions, par les opinions et même par les préjugés de leurs électeurs. En effet, les magistrats, s'ils sont élus, ne peuvent l'être qu'à temps limité ;... non seulement c'est la règle qu'impose pour toutes les élections le principe de la souveraineté nationale, mais surtout la puissance d'une magistrature à vie serait immense et menacerait tous les autres pouvoirs. D'autre part on doit déclarer rééligibles les magistrats sortant de charge : l'intérêt public exige que l'on puisse conserver en charge celui qui s'est montré un bon juge, et d'ailleurs sans cette possibilité d'élections successives, on trouverait difficilement des hommes de valeur qui consentiraient à entrer seulement pour quelques années dans le corps judiciaire. »

rales. Encore leur reproche-t-on d'être des formalités où les influences politiques jouent un rôle plus considérable que les épreuves elles-mêmes qui sont fort simples (1).

b) Il en est à peu près de même en Angleterre : on n'y trouve d'examens que pour quelques fonctions techniques. On y procède aussi quelquefois par concours limités, c'est-à-dire que la lutte ne porte qu'entre 2 ou 3 candidats, désignés à l'avance, et d'une façon arbitraire. Pendant très longtemps toutes les nominations se firent par patronage politique ou par recommandation parlementaire. Ces pratiques tendent aujourd'hui à disparaître, ce dont l'Angleterre peut se féliciter.

c) Le recrutement des fonctionnaires fédéraux n'est pas mieux organisé en Suisse : il n'y existe aucune distinction entre les hautes fonctions et les fonctions moyennes. Un petit examen est simplement prescrit pour l'entrée au service des postes et télégraphes : quant aux autres services publics fédéraux (sauf le tribunal fédéral de Lausanne dont les membres sont élus par l'Assemblée fédérale) on se borne généralement à comparer les titres des candidats, ce qui laisse la porte ouverte à toutes les influences lors-

(1) La loi du 16 janvier 1883, section II, § 2 prescrit des concours pour certaines catégories de fonctions qu'on appelle les fonctions classifiées : mais on n'y soumet ni les fonctionnaires subalternes ni les hauts fonctionnaires pour lesquels ces épreuves sont les plus nécessaires. Tous les fonctionnaires nommés par le Président avec accord du Sénat en sont exempts : or cela représente les cas les plus importants : par exemple, les agents diplomatiques, les juges du tribunal fédéral, les fonctionnaires militaires et de la marine.

Les concours sont passés devant des commissions spéciales et suivis d'un stage pratique d'un an. Il y eut du 1^{er} juillet 1891 au 30 juin 1892, 19.500 candidats dont 64 0/0 furent admis. En 1892-93 il y eut 25.000 candidats dont 56 0/0 furent reçus. Voir J. Young, *Der Staatsdienst in Deutschland, der Schweiz und den Vereinigten Staaten als Bundes-Staaten*, Halle, 1896, p. 34 et 35.

que ces titres sont à peu près équivalents. Pour y remédier on a prescrit, dans le service douanier, qu'en pareil cas des examens seraient organisés (1).

d) En Autriche, en France et en Allemagne au contraire, les examens et concours sont des institutions régulières, établies suivant un plan méthodique, et en état d'assurer un bon recrutement des fonctionnaires publics. Nous avons étudié dans tous ses détails le régime des examens en Allemagne ; quant au régime français, il est trop connu pour qu'il y ait lieu d'insister longuement. Pour nous résumer brièvement, nous rappellerons qu'il faut justifier d'une instruction universitaire de 3 années, en France et en Prusse (de 4 années en Autriche et en Bavière). Les études universitaires sont sanctionnées en France par des examens après lesquels les jeunes gens accomplissent en général un stage d'un an dans l'administration où ils désirent entrer. Ce stage est suivi d'un concours, le plus souvent très difficile, qui ouvre définitivement l'accès de la carrière (2).

Une fois cet échelon franchi, le fonctionnaire n'a plus qu'à se laisser vivre ; il peut arriver sans nouvelles épreuves aux plus hauts emplois. Dans l'administration de l'enregistrement cependant chaque avancement est subordonné à un examen, mais c'est le seul exemple de ce genre en

(1) Pour ce qui touche le service fédéral suisse, voir J. Young, *op. cit.*, p. 49-79, principalement 51, 57 et suiv.

(2) On ne peut entrer ici dans le détail de ces concours qui varient à l'infini ; les principales règles de chaque concours ont été résumées par Max Leclerc, dans une petite collection d'opinions sur la préparation au service public qui se trouve dans les *Schriften des Vereins für Sozialpolitik*, n° XXXIV.

Le recueil français de Turquan, *Guide pratique dans le choix d'une carrière*, Paris, 1893, contient les conditions d'accès à toutes les fonctions, même les plus modestes.

France. Quant aux fonctions politiques, comme celles des Préfets, Sous-Préfets, Secrétaires généraux de Préfectures, Chefs de Cabinet d'un ministre, aucune condition de capacité n'est requise pour les occuper : elles sont distribuées à la faveur.

Comme on l'a vu, le système appliqué en Prusse, est tout différent. Les examens sont inconnus à l'Université, sauf celui du Doctorat, qui donne droit à un simple titre honorifique, comme en France. Ceux qui se destinent aux carrières judiciaires et administratives doivent justifier d'un séjour à l'Université pendant le nombre d'années requis. Pour retracer dans ses grandes lignes la filière des épreuves, il suffira de rappeler que les jeunes gens passent un premier examen juridique, suivi des quatre années de stage pratique auprès des justices et de l'administration. Le 2^e examen, ou examen d'assesseur ouvre définitivement l'accès des fonctions publiques aux jeunes gens, qui n'ont plus qu'à attendre une place vacante.

Ce système, dans son ensemble, présente des inconvénients et des avantages. Il a été l'objet d'une critique approfondie au chapitre V, surtout par rapport aux études universitaires proprement dites (1), mais, dans son ensemble, il se présente dans chaque État allemand sous l'aspect d'une réglementation uniforme et générale, s'appliquant à toutes les branches de l'administration pure.

Chez nous, au contraire, on ne saurait parler d'un système véritable. Il y a bien des conditions générales d'admission imposées aux candidats à peu près partout, mais chaque ministre reste maître de les modifier, chaque administration a son règlement à elle, ses exigences spéciales et ses

(1) Voir plus haut p. 165 à 173.

concours. C'est ainsi que l'obligation au stage qui est imposée le plus souvent, ne l'est pas aux candidats des carrières judiciaires, carrières qui demandent cependant un apprentissage sérieux ; ni pour l'entrée au Conseil d'État ou à la Cour des comptes.

Même lorsqu'il existe, ce stage d'un an est insuffisant pour assurer aux fonctionnaires les connaissances professionnelles dont ils ont besoin. Le stage est infiniment mieux compris en Allemagne : en raison de son caractère très pratique, il donne de meilleurs résultats ; on pourrait lui reprocher peut-être sa trop longue durée, mais il a, entre autres avantages, celui d'empêcher les administrateurs d'ignorer la justice, et les magistrats d'ignorer l'administration ; il part de ce principe que tous les services publics dépendent étroitement les uns des autres et que par suite, pour bien connaître l'un d'entre eux, il faut avoir la pratique des autres. Ce résultat est d'autant plus important que l'administration possède aujourd'hui des juridictions indépendantes de l'ordre judiciaire, mais jugeant de la même façon ; et il serait à souhaiter qu'on en comprit la valeur chez nous, et qu'on imposât, par exemple, un stage judiciaire aux membres des conseils de préfecture, qui constituent actuellement les tribunaux ordinaires de première instance en matière administrative.

II. — *Situation pécuniaire des fonctionnaires.*

La question des droits pécuniaires des fonctionnaires est des plus importantes. Ils donnent tout leur temps à la chose publique et ne peuvent en distraire une partie pour augmenter par des travaux exécutés en dehors de leur service, leurs revenus et moyens d'existence. L'État est donc

tenu de leur assurer, non seulement le pain quotidien, mais aussi le pain de la vieillesse ; bien plus il lui faut encore pourvoir au sort de la famille des fonctionnaires qui sont morts à son service. Au premier de ces devoirs correspond le traitement, au second, la pension de retraite, au troisième la pension des veuves et des orphelins.

1. Il y a peu de chose à dire pour les traitements. Les gouvernements modernes semblent à peu près unanimes pour n'accorder aux fonctionnaires que des émoluments très modestes ; la raison en est dans l'énorme accroissement budgétaire que cause la plus petite augmentation, si on la multiplie par le nombre formidable de ceux qui en profitent. Par contre ils ont tous compris que la régularité dans le paiement de ces traitements est une condition *sine qua non* de la moralité des fonctionnaires. Peut-on en effet s'étonner qu'un employé, qui n'a que sa solde pour vivre devienne concussionnaire s'il n'est pas payé ? Et peut-on en bonne justice le condamner sans circonstances atténuantes ! Seule aujourd'hui, en Europe, la Turquie, qui représente une civilisation différente de la nôtre, ne s'en est pas rendu compte, et c'est pourquoi elle reste le pays par excellence de la fraude, du pourboire et du bacchich (1).

2. Au contraire, la question des pensions n'a pas été résolue partout d'une manière aussi heureuse. Outre qu'elle n'a attiré l'attention du législateur qu'à une époque très récente, elle semble dans beaucoup de pays être restée fort secondaire.

(1) Un exemple des inconvénients auxquels peut donner lieu l'irrégularité des traitements, nous a été fourni justement par la Turquie, tout récemment (nov. 1897). Il s'agit de l'ambassadeur turc à Berlin, Gahlib-Bey, qui dut quitter furtivement son poste, dans l'impossibilité où il était de subvenir plus longtemps aux dépenses de son ambassade et de son entretien personnel. Il n'avait pas touché son traitement depuis plus d'un an.

Les pensions ne sont réglées le plus souvent d'une façon satisfaisante qu'en ce qui touche l'armée : c'est en effet le service qui est susceptible de produire le plus de retraités, de veuves et d'orphelins. Pour les fonctionnaires civils au contraire la pension fut longtemps une simple faveur.

a) Il suffit de rappeler à ce sujet que dans l'ancienne France elle se présentait exclusivement avec le caractère gracieux.

Il ne pouvait en être question pour les fonctionnaires titulaires d'une charge vénale, car ils trouveraient dans leur droit de vente une large compensation à l'absence de pension ; quant aux nombreux officiers subalternes, ils n'avaient aucun droit, mais en fait ils n'étaient pas entièrement abandonnés. La pension était le plus souvent remplacée par le maintien au service du fonctionnaire âgé : on lui assurait par là la continuation de son traitement jusqu'à sa mort, mais au détriment de la bonne exécution de son service. On accordait d'ailleurs des pensions dans certains cas. Tout cela ne laissait pas que de coûter fort cher. Le trésor payait de ce chef en 1789 plus de 36 millions (1), il est vrai que, dans cette somme, étaient comprises de nombreuses pensions payées à des nobles, qui n'avaient jamais rempli que des charges imaginaires.

b) Le maintien en activité de service est encore aujourd'hui le système adopté par la Confédération suisse pour les fonctionnaires fédéraux. Les pensions n'y existent que

(1) On trouvera sur les pensions dans l'ancienne France quelques renseignements dans Dareste, *Code des pensions civiles*, Paris, 1865, p. 5 à 8. Les pensions avaient peu à peu augmenté. Réduites à 2.000.000 de livres puis portées en 1614 à 6.650.000 livres, elles furent ramenées en 1717 à 3.600.000 livres : mais elles atteignaient de nouveau en 1762, 15.000.000, et en 1789, 36.000.000 de livres. L'assemblée constituante les réduisit à 12.000.000 de livres.

dans le service des postes et télégraphes et seulement en cas d'accident survenu au fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions, et ayant occasionné une infirmité grave. Dans les mêmes conditions la veuve peut obtenir une indemnité si l'accident a occasionné la mort du fonctionnaire. Mais les sommes octroyées sont très faibles. La veuve et les orphelins ont droit à une indemnité de 500 francs, une fois payée ; le fonctionnaire, victime d'une infirmité causée par son service, reçoit une pension qui varie de 250 à 625 francs par an (1).

Les autres branches du service fédéral sont encore moins favorisées. On n'y connaît pas les pensions de retraites à l'ancienneté : mais par contre, on garde dans les cadres actifs de vieux fonctionnaires qui barrent la route aux plus jeunes et ne rendent plus les services qu'on attend d'eux. Un projet de loi fut soumis en 1891 au référendum populaire, ayant pour but une réforme de cette pratique peu recommandable. Il comportait l'octroi au fonctionnaire mis à la retraite, d'une somme une fois payée, double du traitement annuel. On calcula que le rajeunissement du personnel économiserait annuellement 110,000 francs, chiffre important si l'on considère le nombre restreint des fonctionnaires fédéraux, et qui couvrirait une bonne partie des frais de la nouvelle institution (2). Ce projet aurait, moyennant une augmentation de dépenses momentanée, assuré dans l'avenir une assez sérieuse économie ; mais si modéré, et si insuffisant qu'il fut, le référendum le rejeta dans la crainte de constituer une bureaucratie trop puissante et trop centraliste, les cantons étant toujours très jaloux de leur autonomie.

(1) Young, *op. cit.*, p. 69.

(2) Young, *op. cit.*, p. 67-68.

c) On peut donc dire que le problème des pensions est à peine posé en Suisse ; aux États-Unis il ne l'est même pas. Les pensions civiles y sont inconnues : cela provient de l'idée spéciale qu'on s'y fait de la fonction publique. De nature essentiellement précaire et temporaire, ainsi qu'on le verra un peu plus loin, elle ne présente plus le caractère d'une carrière, et par suite les raisons qui justifient la pension n'existent plus : elle serait illogique. Aussi les anciens militaires seuls jouissent-ils d'une institution de ce genre : la pension militaire est accordée très largement et donne lieu à de nombreux abus ; elle est devenue une manière de rémunérer certains services politiques et électoraux ; presque tous ceux qui, de près ou de loin, ont pris part à la guerre déjà lointaine de sécession, ont trouvé moyen de se faire pensionner par l'État (1).

(1) Tout ce qui peut être considéré comme faveur de l'État, est devenu dans ce pays un véritable fief des partis politiques, dont ils abusent sans vergogne. La distribution des emplois publics est dans ce cas, nous le verrons plus loin.

A propos des pensions militaires, nous extrayons du journal *Le Temps*, du 10 novembre 1897, le passage suivant qui permet de saisir sur le vif le dérèglement des appétits déchainés.

Etats-Unis : « La commission des pensions militaires a réduit le chiffre total de celles-ci de 150 millions de dollars à 142 millions pour l'année prochaine.

La Nation de New-York, fait observer que le Trésor a eu en octobre un déficit de 10 millions de dollars, et appelle l'attention sur le montant exorbitant de ces pensions qui, depuis 1861 jusqu'à l'année dernière, ont coûté aux États-Unis la somme formidable de 1.997.515.154 dollars, c'est-à-dire dix milliards de francs. Le même journal conseille de réviser la liste des pensions, abusivement allongée par ce fait de plus en plus fréquent, que de toutes jeunes femmes épousent de vieux militaires pour continuer à recevoir pension comme veuves.

De cette manière, le nombre des pensions qui devrait logiquement aller en diminuant, va toujours croissant. En 1896 il était de 970.678 personnes. Des statistiques du *World* ont montré comment, par suite de ces étranges mariages, le trésor américain paiera encore, assez avant dans le siècle prochain, des pensions à des femmes de vétérans de la guerre de 1812, et jusqu'en l'an 2000 à des veuves de volontaires de la guerre de

d) Passons maintenant à l'étude des pensions en France. Elles ont été instituées, pour les fonctionnaires civils, qui seuls nous intéressent ici, par la grande loi du 9 juin 1852 (1), laquelle pose les règles suivantes :

Le droit à la pension existe pour tous les fonctionnaires et employés rétribués directement par l'État, moyennant des retenues obligatoires de 5 % sur le traitement annuel, et du premier 1/12 du traitement lors de la première nomination, ainsi que du premier 1/12 de toute augmentation ultérieure (2). La loi distingue les pensions à l'ancienneté et les pensions pour infirmités.

Le droit à la pension par ancienneté est acquis en cas de service sédentaire, à 60 ans d'âge et après 30 ans de service, ou bien, si le fonctionnaire a passé 15 ans dans le service actif, à 55 ans d'âge et après 25 ans de service (3). Il est acquis en outre, sans condition d'âge, la condition de service étant remplie, à ceux qui sont jugés incapables de continuer à exercer leurs fonctions ; c'est le seul cas où les deux conditions ne soient pas cumulatives.

La pension est calculée sur le traitement moyen des six dernières années, à raison de 1/60 par année de service ; néanmoins pour 25 ans de service entièrement rendus dans la partie active, elle est de moitié du traitement moyen, avec accroissement, pour chaque année en sus, du 1/50 du traitement, sans pouvoir toutefois en dépasser les 3/4 (4).

sécession, qui prit fin en 1865. »

De 1890 à 1897 ces pensions militaires se sont élevées de 106 à 140 millions de dollars.

(1) Sur les pensions civiles en France, d'après la législation actuelle : Cf. Dareste, *op. cit.*, et Perriquet, *Etat des fonctionnaires et pensions civiles*, Paris, 1886.

(2) Loi du 9 juin 1853, art. 3.

(3) *Id.*, art. 5.

(4) *Id.*, art. 7.

La pension pour infirmité est accordée au fonctionnaire sans aucune condition d'âge ni de service, en cas « d'accident grave résultant notoirement de l'exercice de ses fonctions » (1).

S'il s'agit non pas d'accident grave, mais d'infirmité grave survenue à l'occasion du service, la pension est subordonnée à la double condition d'avoir 50 ans d'âge et 20 ans de service sédentaire ou 45 ans d'âge et 15 ans de service actif (2).

Dans les deux cas la liquidation se fait comme pour les pensions à l'ancienneté, à raison de $\frac{1}{60}$ ou de $\frac{1}{50}$ du traitement moyen par année de service, selon qu'il est sédentaire ou actif : le minimum de la pension est dans le premier cas de $\frac{1}{16}$ du traitement (3).

La démission, la destitution, la révocation font toujours perdre au fonctionnaire ses droits à la pension (4).

Notre législation accorde aussi une pension aux veuves des fonctionnaires lorsque le mariage a été contracté plus de 6 ans avant la cessation des fonctions, mais il faut en outre que le mari soit mort pensionné, ou ayant droit à la pension. Le droit de la veuve s'éteint par le divorce ou la séparation de corps prononcée contre elle, mais un second mariage le laisse intact. La pension de veuve est du $\frac{1}{3}$ de la pension du mari, sans pouvoir être inférieure à 100 francs (5).

Quant aux orphelins mineurs des fonctionnaires, ils n'ont droit à un secours annuel que si la mère est décédée ou inhabile à recevoir pension ; dans ce cas « le secours est,

(1) Loi du 9 juin 1853, art. 11, al. 2.

(2) *Id.*, art. 11, 2^e partie.

(3) *Id.*, art. 12.

(4) *Id.*, art. 15.

(5) *Id.*, art. 13.

quel que soit le nombre des enfants, égal à la pension que la mère aurait obtenue ou pu obtenir, conformément aux articles 13, 14 et 15. Il est partagé entre eux par égale portion et payé jusqu'à ce que le plus jeune des enfants ait atteint l'âge de 21 ans accomplis, la part de ceux qui précéderaient ou celle des majeurs faisant retour aux mineurs (1). »

Telle est, exposée dans ses grandes lignes, notre loi sur les pensions. Résumons maintenant, pour les mettre en parallèle, les lois allemandes qui ont été exposées en détail au chapitre IX (2), en nous bornant à la législation de l'Empire et de la Prusse.

e) En vertu de la loi d'Empire du 31 mars 1873 et de la loi prussienne du 27 mars 1872 qui lui a servi de modèle, les fonctionnaires fédéraux et les fonctionnaires prussiens acquièrent, en principe, le droit à la pension par l'accomplissement de leur dixième année de service. Ils ont droit à ce moment, en cas d'incapacité permanente de service, à une pension égale aux $\frac{15}{60}$ du traitement de leur dernière année d'activité, et ce droit augmente de $\frac{1}{60}$ du traitement par année supplémentaire de service, jusqu'à un maximum de $\frac{45}{60}$ c'est-à-dire $\frac{3}{4}$ qui ne peut être dépassé et qui est atteint par conséquent après 40 ans de service.

Même avant l'achèvement de cette période de 10 ans, le fonctionnaire, atteint d'une infirmité contractée à l'occasion du service, a droit à une pension égale aux $\frac{15}{60}$ de son traitement c'est-à-dire égale à celle qu'il toucherait s'il avait achevé ses 10 années de service. Si au contraire l'infirmité contractée avant l'achèvement de la 10^e année

(1) Même loi, art. 16, 2^e partie.

(2) Voir plus haut, ch. IX, p. 300 et suiv.

n'est pas causée par la fonction, le fonctionnaire n'a aucun droit, mais il peut obtenir, et en fait obtient une pension qui est au maximum de $15/60$ de son traitement.

Les veuves et orphelins ont aussi des droits importants en vertu de la loi d'Empire du 20 avril 1881 et de la loi prussienne du 20 mai 1882. La pension de veuve est du $1/3$ de la pension à laquelle avait ou aurait eu droit le fonctionnaire décédé, pourvu que le mariage soit antérieur à la cessation des fonctions, et à condition que la différence d'âge des ex-conjoints n'ait pas été supérieure à 15 ans ; pour chaque année de différence supplémentaire, entre 15 et 25, la pension est réduite de $1/20$. Elle est supprimée par le mariage subséquent de la veuve.

Les veuves touchent en outre, pour chaque enfant âgé de moins de 18 ans, une pension égale au $1/5$ de leur propre pension. Les orphelins de père et mère, ou ceux dont la mère n'a pas droit à la pension, par exemple par remariage, reçoivent chacun une pension égale au $1/3$ de la pension de veuve.

Mais dans aucun cas la somme totale payée à la famille d'un fonctionnaire décédé, ne peut dépasser celle qu'il aurait reçue lui-même à titre de pension (1).

f) Ce que l'on voit de suite, par la comparaison la plus superficielle entre les lois allemandes et française, c'est que les premières sont infiniment plus favorables aux fonctionnaires que cette dernière.

D'abord elles ne pratiquent pas le système des retenues.

Sans doute, la retenue est basée sur un principe logique et raisonnable : elle constitue en quelque sorte une prime

(1) Il y a encore pour les veuves et orphelins des droits accessoires qui ont été étudiés en détail au chap. IX, p. 313 et suiv.

d'assurance et permet de venir en aide aux fonctionnaires, en partie par leur propre épargne, sans surcharger le budget. On ne peut donc reprocher à l'État de l'avoir adoptée. Mais, pour être équitable, on ne saurait la concevoir que comme contre-partie du droit à la pension : l'obligation étant corrélatrice du droit. N'est-il pas regrettable alors de voir des fonctionnaires, ayant, en raison de leur long service, atteint le droit à une pension maximum, continuer à payer des retenues qui ne peuvent plus améliorer en rien leur avenir, et qui sont de véritables versements à fonds perdus ?

N'est-il pas en outre injuste que le fonctionnaire démissionnaire ou destitué ne puisse répéter les retenues qu'il a payées, puisqu'il ne peut prétendre à la pension ? En Allemagne les retenues n'existent plus depuis 1888 (1). L'absence des retenues crée une situation des plus avantageuses aux fonctionnaires, mais elle a l'inconvénient de coûter fort cher ; aussi n'en a-t-on jamais proposé la suppression chez nous. Les projets de réforme en matière de pensions civiles présentés en 1879 et 1891 font encore de la retenue la base du droit à la pension (2).

Le calcul du traitement moyen, d'après lequel est liquidée la pension du fonctionnaire français, est moins favorable, également, que la liquidation sur le traitement de la dernière année, appliquée en Allemagne, car le traitement augmente le plus souvent à mesure que le fonctionnaire approche du terme de sa carrière, et ce n'est qu'exceptionnellement qu'il se trouve, par une sorte de *capitis*

(1) Voir chap. IX, p. 320 et suiv.

(2) Ces projets ont été exposés en détail, par Penancier, *Des projets de réforme en matière de pensions civiles*, Paris, 1897. On y trouvera, ch. I, p. 1-11, un exposé des critiques auxquelles se prête la législation française actuelle en cette matière.

deminutio, toucher moins à ce moment que les années précédentes. La moyenne des traitements des six dernières années est donc presque toujours inférieure à celui de l'année finale, et l'on ne voit pas bien quelles raisons militent en sa faveur : si c'est la crainte de nuire quelquefois au fonctionnaire, il suffirait d'introduire des exceptions appropriées. Ce chiffre de six années a de toute façon l'inconvénient d'être arbitraire.

Pour ce qui touche les conditions d'âge et de service auxquelles sont subordonnées les pensions, la législation allemande est moins rigoureuse que la nôtre. La condition, en vertu de laquelle le fonctionnaire malade n'a droit chez nous à la retraite, dans le cas le plus favorable, qu'après 25 ans de service, nous paraît véritablement excessive. Il suffit en Allemagne de 10 années de service, sans condition d'âge ; et cette règle ne tombe pas dans l'abus inverse, comme il semble à première vue, car elle ne permet au fonctionnaire de réclamer sa retraite qu'en cas d'infirmité ou d'incapacité de service : il ne peut l'exiger, hors ce cas, qu'à 65 ans d'âge.

Si l'on fait le calcul du temps nécessaire à l'obtention de la retraite maximum, on trouve qu'il faut en France 37 ans $\frac{1}{2}$ dans le service actif, et 45 dans le service sédentaire : en Allemagne il n'existe qu'une seule catégorie de service et dans tous les cas la pension maximum des $\frac{3}{4}$ du traitement est acquise après 40 ans de service. Il y a donc une assez grande différence, mais ici notre préférence est pour le système français ; il paraît juste que des employés qui ont passé leur vie dans certains services pénibles ou dangereux (d'après la loi de 1853, ces services sont les douanes, les contributions indirectes et les tabacs, les forêts et les postes), jouissent de quelques avan-

somme nettement que la situation matérielle des fonctionnaires est mieux réglée en Allemagne qu'en France, et que l'organisation des pensions y est plus complète et plus juste.

III. — *Stabilité des fonctions.*

Il nous reste encore à étudier la troisième condition indiquée plus haut comme nécessaire, si l'on veut constituer un corps expérimenté de fonctionnaires publics, à savoir : la stabilité dans les fonctions. Elle est des plus indispensables, car s'il se produit pour un office déterminé des changements de titulaires trop fréquents, les responsabilités s'éparpillent et l'esprit de suite disparaît dans le travail. On ne peut en effet rendre le successeur responsable des fautes de celui qui l'a précédé, et il est bien difficile d'agir contre ce dernier, une fois qu'il n'est plus en fonction. En outre, chaque office exige en quelque sorte un apprentissage particulier; ce n'est pas du jour au lendemain qu'on improvise de bons administrateurs. L'Etat perd donc beaucoup à ces changements injustifiés, sans compter qu'il éloigne de son service les personnes capables et sérieuses qui ne s'engagent pas volontiers dans des situations instables. Il ne faut pas oublier, d'ailleurs, que les services administratifs étant d'une nature très spéciale, la première condition, pour qu'ils soient bien gérés, est de les confier à des personnes du métier qui accompliront leurs devoirs avec d'autant plus de conscience qu'elles se sentiront plus sûres de l'avenir. En un mot, avoir des fonctionnaires de carrière, tel est le grand point, et l'on ne saurait y arriver qu'en leur donnant des garanties contre le despotisme et l'arbitraire.

Malheureusement ces idées ont été et sont encore sou-

vent méconnues. Dans les États parlementaires, et plus particulièrement dans les républiques démocratiques, les partis politiques ont longtemps considéré les emplois publics comme des faveurs destinées à être distribuées à leurs membres et à être réparties entre les amis du gouvernement.

1. C'est aux États-Unis que cette théorie a été poussée le plus loin. Elle y a donné lieu à des abus formidables connus dans l'histoire sous le nom de *Spoil System*, ou système des dépouilles, et qu'il n'est peut-être pas sans intérêt d'indiquer ici (1).

Les élections présidentielles mettaient tous les 4 ans aux prises deux véritables armées, ceux qui détenaient les fonctions publiques (*office keepers*) et ceux qui les briguaient (*office seekers*). Selon que la victoire favorisait la « Brigade du pain et beurre » ou celle des *offices seekers*, les fonctionnaires étaient maintenus ou révoqués intégralement du haut en bas de l'échelle administrative, depuis les ministres jusqu'aux simples concierges de ministères. Il y avait donc, à peu près régulièrement, toutes les quelques années, un bouleversement total de l'administration. Et ce système qui se traduisait ainsi « au vainqueur les dépouilles du vaincu », comportait encore de nombreux abus secondaires, dont le plus grave était que les partis politiques exigeaient des fonctionnaires en service un véritable impôt tarifé, proportionnel au traitement annuel, appelé le *Political assessment*, moyennant lequel promesse leur était faite du maintien en fonction en cas de victoire. De 1829, époque où le *Spoil system* fit son apparition, jusqu'à 1883 les abus allèrent croissant et se multipliant ;

(1) On en trouvera l'historique détaillé dans l'ouvrage de Young, *op. cit.*, p. 5 à 9.

mais à ce moment, à la suite d'une campagne électorale où les moindres actes des partis furent des scandales inouïs, les protestations s'élevèrent de toutes parts et la nécessité d'une réforme s'imposa (1). Elle aboutit à une Loi pour la régularisation et l'amélioration du service civil, du 16 janvier 1883, qui organisa quelques garanties, telles que la défense de lever ou de payer le *Political assessment*, et l'interdiction de destituer un fonctionnaire pour refus de service politique (2), chose qui se faisait couramment auparavant. Mais les fonctionnaires ne sont pas autrement garantis. Ils restent révocables pour toute autre raison ; on peut donc facilement tourner la loi, qui d'ailleurs ne s'applique qu'aux emplois dits classifiés, c'est-à-dire à peu près à 45.000 fonctionnaires sur les 200.000 que comprend le service fédéral des États-Unis ; beaucoup de ces dispositions sont presque tombées en désuétude (3). Aujourd'hui encore les fonctions importantes sont distribuées arbitrairement et retirées de même. Chaque changement de gouvernement amène un changement presque complet du haut personnel. Aussi le niveau des fonctionnaires américains est-il extrêmement peu élevé, non seulement au point de vue de l'instruction générale et professionnelle, mais encore de la moralité et de l'honnêteté (4).

(1) Young, *op. cit.*, p. 30-31. Les fonctionnaires étaient avisés par circulaires envoyées dans leurs bureaux, des besoins du parti, ainsi que de la somme espérée d'eux : c'était en général 2 % du traitement annuel de l'office, mais quelquefois cela allait jusqu'à 6 % ou même jusqu'à 1/6 du traitement. En 1882 une circulaire de ce genre fut envoyée à plus de 100.000 fonctionnaires subalternes, jusqu'aux balayeurs et domestiques des administrations publiques.

(2) Loi du 16 janvier 1883, section II, § 2, n° 5 et section XIII.

(3) Young, *op. cit.*, p. 36. Elle soulève encore aujourd'hui de grandes oppositions dans les cercles politiques.

(4) Young, *op. cit.*, p. 21, note 1. On a prétendu, par exemple en 1878,

On admit d'ailleurs longtemps aux États-Unis cette théorie que les fonctions publiques, dans un État démocratique, appartiennent à tout le monde, et que par suite chacun peut y prendre part. Nous n'en voulons pour preuve qu'un projet présenté au Congrès en 1846 et posant les principes suivants (1) :

1° La circulation des offices est une des bases fondamentales de la forme républicaine du gouvernement.

2° Un office ne peut rester plus de 8 ans entre les mêmes mains.

3° Le renouvellement des fonctionnaires doit se faire par 1/4 tous les deux ans.

Ce projet n'obtint pas la sanction législative, mais il est caractéristique. D'ailleurs, s'il n'est pas appliqué régulièrement par l'Union, il n'est pas resté pour cela simplement théorique et le but qu'il poursuit se trouve atteint presque intégralement dans le service public des États fédérés américains, où les fonctions sont recrutées, comme nous l'avons indiqué, à l'élection populaire, ce qui implique qu'elles sont temporaires et accessibles à tous, sauf des restrictions insignifiantes.

2. En Suisse également ces idées trouvent un commencement de réalisation. On y distingue en effet, dans le service public fédéral, les Employés et les Fonctionnaires ; les premiers correspondent à la classe subalterne, les derniers à la classe moyenne et supérieure des agents de l'État. Or, en vertu d'un arrêté du Conseil fédéral, du 14 mai 1855, si les employés sont nommés pour un temps indéterminé, les fonctionnaires au contraire ne reçoivent nomination

que le quart des recettes douanières fédérales restait dans la poche des fonctionnaires douaniers.

(1) Cf. Young, *op. cit.*, p. 9.

que pour trois ans, après lesquels ils peuvent être remplacés pour incapacité ou toute autre raison. Ils sont en fait maintenus le plus souvent, mais en vertu d'une nouvelle nomination, et le gouvernement est ainsi puissamment armé contre eux.

De telles dispositions permettraient, si les Suisses n'étaient un peuple pacifique sans partis politiques exaltés, d'aboutir aux mêmes abus qu'en Amérique : elles semblent résulter de la crainte populaire de voir se constituer une bureaucratie centraliste (1).

3. L'instabilité des fonctions est en somme la règle aux États-Unis et en Suisse. Elle est pratiquée aussi, quoique dans une moins large mesure, en France et en Angleterre.

La plupart des fonctionnaires y sont sans aucune garantie vis-à-vis du gouvernement, pour ce qui touche à leurs places ; et la pratique y montre de fréquentes destitutions arbitraires que l'on justifie le plus souvent par des considérations politiques.

a) On dit que, dans un pays parlementaire, le gouvernement n'est porté au pouvoir par la majorité, que pour l'exécution d'un programme déterminé, généralement en opposition avec celui de ses adversaires, et qu'il a besoin par conséquent d'être soutenu par ses agents. On ne peut dès lors l'obliger à garder des créatures de ses prédécesseurs, qui ne manqueraient pas de lui susciter des difficultés et de l'entraver dans son activité. Ne serait-il pas étrange, en effet, qu'ils intervinssent contre lui dans les élections pour assurer le succès de ses ennemis, et que le ministère pût ainsi être mis en minorité avec le concours de sa propre

(1) Cf. Young, *op. cit.*, p. 63-65.

administration ? Cette objection est certainement très digne d'attention : elle répond à une idée juste en principe, mais il importe de ne pas l'étendre à toutes les fonctions. Il existe bien certaines places qui ne peuvent être données qu'à des partisans du gouvernement, mais elles sont peu nombreuses : la plupart des emplois y font exception. Une distinction s'imposerait nettement entre les fonctions politiques et les fonctions administratives. Pour ce qui concerne les premières, on les abandonnerait au bon plaisir du gouvernement, car l'exercice du pouvoir serait impossible si, dans un pays parlementaire, on ne pouvait se débarrasser rapidement d'un préfet encombrant, ou d'un gouverneur de colonie qui tendrait à se constituer un empire personnel. La classification des fonctions de ce genre est très délicate à établir ; beaucoup de fonctions, sans être purement politiques, y confinent cependant, par exemple celle des Secrétaires généraux et des Conseillers de préfecture ; mais on peut dire d'une façon générale, que seules les fonctions de Préfet, Sous-Préfet ou Gouverneur de Colonie, sont véritablement politiques, si l'on met de côté celles des Ministres, qui constituent le pouvoir exécutif lui-même. Seules elles devraient donc être révocables selon les besoins de la politique ; les autres fonctionnaires seraient suffisamment maintenus dans le devoir par des peines plus légères, comme la mise en disponibilité provisoire, ou le déplacement à titre disciplinaire, qui, tout en les rendant inoffensifs, ne leur retire pas des droits à la pension, acquis le plus souvent avec peine.

On a tendance cependant, en France, à révoquer sans mesure, sitôt qu'il s'agit de la moindre manifestation anti-gouvernementale de la part d'un fonctionnaire.

En Allemagne au contraire les fonctions politiques, dont

les titulaires sont révocables *ad nutum*, sont limitativement énumérées et réduites au minimum. Ce sont le Chancelier d'Empire, le Secrétaire d'État à l'Intérieur, le Chef de l'Amirauté et le Secrétaire d'État aux Affaires étrangères de l'Empire (1), enfin le Statthalter d'Alsace-Lorraine (2).

En Prusse les ministres seuls sont dans ce cas : des dispositions analogues existent dans le reste de l'Allemagne (3).

Quant aux autres fonctions confinant à la politique, les gouvernements allemands n'ont sur leurs titulaires que le droit de mise en disponibilité provisoire avec traitement réduit et seulement lorsque la loi le permet expressément (4).

b) Les fonctions non politiques ont besoin de garanties plus sérieuses ; encore ce besoin n'est-il pas absolument le même pour toutes. Il faut ici distinguer entre les fonctions judiciaires et les fonctions administratives pures. Pour les secondes la stabilité n'est que nécessaire : pour les premières elle est indispensable. L'indépendance du juge est la condition primordiale de toute justice ; or comment serait-elle compatible avec le droit de destitution ? L'immovibilité, qui résulte du principe universellement admis aujourd'hui de la séparation des pouvoirs, a été reconnue partout à la magistrature. Il n'y a guère d'exception que

(1) Voir chap. X, p. 349-350.

(2) Loi du 4 juillet 1879, § 1 (*betreffend die Verfassung u. die Verwaltung Elsass-Lothringens*).

(3) Prusse, Constitution du 31 janvier 1850, § 45 ; loi du 27 mars 1872, § 1 ; Wurtemberg, loi sur les fonctionnaires, art. 48.

(4) Cf. pour l'Empire : l'énumération du § 25 de la R. B. G. et pour la Prusse celle du § 87, al. 2, de la loi du 27 mars 1872. Voir plus haut chap. VIII, p. 232-235.

celle que nous avons indiquée pour les juges des États de l'Union américaine et pour ceux de quelques cantons suisses. Mais, même dans ces pays, on a senti qu'il fallait leur assurer une certaine stabilité en rendant leur mandat suffisamment durable. Aux États-Unis ils sont le plus souvent élus pour 15 ans.

α) En Angleterre, depuis l'*act of Settlement* de 1700, les juges ne peuvent être destitués qu'en cas de forfaiture (*misbehaviour*), ils sont nommés par la reine, à vie, *during good behaviour*, et la révocation doit être précédée de la constatation de forfaiture, au moyen d'une procédure entamée devant le Parlement, dans des formes analogues à celles de l'*impeachment* (mise en accusation des ministres) Une adresse est ensuite envoyée par les deux chambres du Parlement, à la Reine, qui statue sur la destitution demandée (1).

β) En France, l'inamovibilité de la magistrature assise est un principe de notre droit public depuis plusieurs siècles. Elle s'y est implantée plus tôt qu'ailleurs, grâce à la pratique de la vénalité des offices, dont ce fut peut-être le seul bienfait. Cette inamovibilité ne subit qu'une courte éclipse pendant la révolution (2), elle fut rétablie définitivement par l'article 68 de la constitution de l'an VIII, et depuis, tous les régimes qui se sont succédés l'ont sanctionnée; elle reste aujourd'hui la base de notre organisation judiciaire, même sans avoir été expressément mentionnée dans les lois organiques de 1875; on considère les dispositions an-

(1) Cf. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel*, Paris, 1895, p. 270 et 326, note 1.

Act of Settlement, art. 3: « That... judge's commissions be made *quandiu bene gesserint*, and their salaries ascertained and established, but upon the Address of both Houses of Parliament it may be lawful to remove them ».

(2) Voir plus haut, p. 357, note 1.

térieures comme ayant subsisté tout en perdant leur caractère constitutionnel.

Actuellement, un juge ne peut être mis à la retraite d'office pour infirmité grave ou incapacité de service, que par une décision de la cour dont il dépend. A cette fin une enquête préliminaire est faite par une commission, composée du premier Président, des Présidents de chambre et du doyen de la Cour (1). Si cette commission estime qu'il y ait des motifs suffisants pour justifier la mise à la retraite, elle en réfère au Garde des Sceaux, lequel peut donner ou refuser l'ordre d'informer (2). Dans le cas où l'ordre d'informer est donné, la Cour décide en assemblée plénière si elle estime qu'il y ait lieu d'admettre le juge à la retraite (3). La décision est alors exécutée par un décret du président de la République, rendu sur la proposition du Ministre de la justice.

S'il s'agit au contraire d'une procédure disciplinaire, c'est-à-dire d'infliger au juge une peine quelconque, par exemple le déplacement, la suspension ou la destitution, la Cour de cassation, constituée en conseil supérieur de la magistrature, est seule compétente (4). Elle statue dans tous les cas, toutes chambres réunies, selon les formes ordinaires, c'est-à-dire avec publicité et oralité des débats, en présence du ministère public et du défenseur de l'accusé. Le jugement doit être motivé et notifié.

γ) Les juges en Allemagne jouissent de garanties équivalentes ; sur ce point la législation allemande est sensible-

(1) Loi du 16 juin 1824, art. 2 et 3.

(2) Loi du 16 juin 1824, art. 6 à 8.

(3) Loi du 16 juin 1824, art. 11.

(4) Loi du 30 août 1883 sur la réforme de l'organisation judiciaire art. 13.

ment analogue à la nôtre, comme on a pu le voir aux chapitres VIII et X.

La procédure de mise à la retraite d'office pour infirmités (1) commence par une déclaration notifiée au magistrat, l'avertissant qu'il est dans le cas de faire valoir ses droits à la retraite. S'il ne se conforme pas à cette déclaration, une commission, composée différemment selon la qualité du juge intéressé, est nommée pour instruire l'affaire, et la décision est rendue par une cour, en assemblée plénière, après un débat judiciaire. Cette décision est sans appel, mais le ministre de la justice, qui seul a pouvoir de l'exécuter, n'est pas tenu de le faire.

Pour ce qui touche la destitution à titre disciplinaire, elle est réglée d'une manière générale par la loi sur l'organisation judiciaire de l'Empire allemand, qui décide que les juges sont nommés à vie, et ne peuvent être relevés de leurs fonctions, ou même déplacés si ce n'est par une décision judiciaire (2). Mais les formes de cette décision judiciaire restent du domaine de la législation locale, les juges, sauf ceux du tribunal d'Empire (*Reichsgericht*), étant des fonctionnaires locaux ; les principes appliqués ne diffèrent pas en général de ceux du droit français. La seule divergence est dans l'organisation des instances ; tandis que chez nous la Cour de cassation est l'unique autorité disciplinaire de la magistrature, on applique en Allemagne des règles analogues à celles qui étaient en vigueur en France avant la loi du 30 août 1883 sur la réforme de l'organisation judiciaire, c'est-à-dire que les pouvoirs disciplinaires sont exercés par des tribunaux différents selon la situation

(1) Voir le détail, chap. X, p. 350 et suiv.

(2) Loi d'Empire du 27 janvier 1877 (*Reichsgerichtsverfassung*), §§ 5 et 8. Voir le détail, chap. VIII, p. 261 et suiv., p. 269.

hiérarchique du juge poursuivi. Ce sont, en Prusse, les Sénats disciplinaires (*Disziplinarsenate*) constitués auprès des Cours d'appel pour les membres de ces cours et de tous les tribunaux inférieurs, et le Grand Sénat disciplinaire (*das grosse Disziplinarsenat*) organisé auprès de la Cour d'appel de Berlin (*Kammergericht*) pour les premiers Présidents des Cours d'appel, et les Conseillers de la Cour de Berlin (1).

La destitution ne peut être prononcée qu'après une enquête préalable et un débat oral, mais non public (2); les formes de la procédure sont entièrement judiciaires et les jugements doivent être motivés. Enfin une voie de recours est accordée aux intéressés : c'est l'appel, qui est jugé par le Grand Sénat disciplinaire (lorsqu'il n'a pas jugé déjà en 1^{re} instance) et dans les mêmes formes qu'en première instance (3).

Cet appel constitue une garantie de plus, qui n'existe pas en France.

c) Les fonctionnaires administratifs ne sont pas aussi favorisés que les fonctionnaires judiciaires, sous le rapport de la stabilité professionnelle. Ils constituent cependant la fraction la plus importante et la plus nombreuse des employés publics, celle que l'on vise généralement lorsque l'on parle des fonctionnaires. Nous avons vu que le gouvernement serait suffisamment armé par le droit de leur infliger des peines disciplinaires simples, sans avoir besoin du pouvoir absolu de destitution, qui nuit au bon exercice des fonctions publiques.

α) Cependant en Angleterre et en France, il n'existe d'au-

(1) Loi du 7 mai 1851, citée plus haut, §§ 10, 18, et loi du 9 avril 1879, §§ 4 à 6.

(2) Loi du 7 mai 1851, § 30.

(3) Loi du 7 mai 1851, §§ 36 et 41.

tres règles à leur égard que le bon plaisir de l'exécutif. Ils sont nommés en Angleterre *at pleasure*, c'est-à-dire qu'ils « tiennent leur office » tant qu'il plaît à la Reine. En France ils sont également nommés par décret et révoqués de même, sans garantie de justice, soit pour incapacité provenant d'une cause quelconque, soit par simple déplaisir personnel : le décret, qui n'est jamais motivé, constitue un véritable acte de gouvernement, sans contrôle et inattaquable. Telle est la règle : elle est absolue et générale ; elle n'a pas été posée par une loi, mais résulte au contraire de l'absence de texte. La loi organique du 25 février 1875 (art. 3), accorde au Président de la République le droit de « nommer à toutes les fonctions civiles et militaires ». Aucune ne parle de la révocation en termes généraux : le pouvoir exécutif agit donc librement. Il est simplement limité dans quelques cas par des dispositions particulières. C'est ainsi que certaines fonctions sont garanties à leurs titulaires en raison de leur nature spéciale ou technique. La raison en est qu'elles exigent une longue préparation pratique ou des études approfondies, mais limitées en étendue, ce qui ne permet pas plus tard de changer de carrière à volonté ; et l'on ne trouverait personne qui veuille les remplir en présence du risque de se trouver subitement sans ressources.

Pour ce genre de fonctions, la destitution est en général prononcée par des Conseils de discipline spéciaux, statuant selon les formes judiciaires.

Les officiers de l'armée et de la marine jouissent dans tous les pays d'une situation particulière et privilégiée : bien qu'ils soient des fonctionnaires dans la stricte acception du terme, on ne les considère pas comme tels en général, leur fonction étant d'une nature trop spéciale. Il

suffira donc d'indiquer qu'en France on distingue chez l'officier l'emploi ou commandement et le grade. L'emploi ou commandement peut toujours être retiré (il y a alors mise en disponibilité) mais le grade constitue un droit pour son possesseur. Il ne peut être perdu qu'en vertu de certaines condamnations judiciaires, ou par un jugement du Conseil de guerre (1), statuant selon les formes ordinaires de ses délibérations. Dans l'armée allemande il en est sensiblement de même; le conseil de guerre est simplement remplacé par un des tribunaux d'honneur (*Ehrengerichte*) institués à cet effet dans les corps d'armées des quatre contingents de l'armée allemande (2).

Les professeurs de l'enseignement secondaire et supérieur ont également un droit véritable à leur chaire et à leur enseignement. Ils ne peuvent être révoqués que par un jugement rendu par le Conseil de l'Université dont ils sont membres, susceptible d'appel devant le Conseil supérieur de l'Instruction publique (3), Conseil qui, en matière disciplinaire, ne peut prendre de décision qu'à la majorité des 2/3 des suffrages (4). Il s'agit alors de véritables jugements, entourés des garanties ordinaires des jugements, sauf la publicité des débats (5).

(1) Loi du 19 mai 1854, art. 1.

(2) Prusse, Ordonnance sur les tribunaux d'honneur dans le contingent prussien, du 2 mai 1874; Bavière, Ordonnance du 31 août 1874. Cf. aussi Laband, *Staatsrecht des Deutschen Reiches*, II, p. 658.

(3) Loi du 27 février 1880 sur le Conseil supérieur de l'Instruction publique et les Conseils académiques, art. 7 et 11. Les conseils académiques ont été remplacés par les Conseils des Universités, en vertu de la loi du 10 juillet 1896, art. 3.

(4) Décret du 11 mai 1880 portant règlement intérieur du Conseil supérieur de l'Instruction publique (art. 6).

(5) Décret du 11 mai 1880, art. 5 et 7. Loi du 27 février 1880, art. 11. Décret du 21 juillet 1897 portant règlement pour les Conseils des Universités, titre III, art. 16 à 27.

Les ingénieurs des ponts et chaussées ne peuvent être révoqués par le gouvernement, qu'après avis du Conseil général des ponts et chaussées.

Les notaires sont encore plus protégés : ils ne peuvent être suspendus ou destitués que par le tribunal de première instance dont ils ressortent (1). La poursuite est intentée par le ministère public, soit directement soit à la suite d'une décision prise, en cas grave, à la majorité des 2/3 des voix, par la chambre des notaires (2), organe élu par les notaires eux-mêmes. Cette protection considérable, presque égale à celle des magistrats, tient tout d'abord à la nature délicate des fonctions notariales, mais ensuite et surtout à leur vénalité de fait qui entraîne logiquement leur inamovibilité. Il est à remarquer cependant que les autres offices vénaux ne sont pas aussi favorisés. C'est ainsi que les greffiers sont expressément révocables, sans garantie, en vertu d'une loi de l'an VIII (3). On décide de même, en l'absence de textes, pour les huissiers et avoués (4). De tels principes semblent cependant en contradiction avec l'article 91 de la loi de finances du 28 avril 1816 qui permet à ces officiers ministériels de présenter leur successeur (5). Ayant payé leur charge ils ne devraient pas, logiquement,

(1) Loi du 25 ventôse an XI, concernant l'organisation du notariat, art. 53.

(2) Ordonnance du 4 janvier 1843 sur l'organisation des chambres de notaires (art. 15).

(3) Loi du 28 ventôse an VIII, sur l'organisation des tribunaux, art. 92.

(4) L'article 95 de la loi du 28 ventôse an VIII ne parle que de leur nomination.

(5) Voir plus haut, p. 357.

Cette législation sur les notaires et huissiers est restée en vigueur en Alsace-Lorraine, depuis l'annexion : mais les avoués ont été supprimés, et les greffiers sont traités comme ceux des justices du reste de l'Allemagne.

pouvoir être privés par destitution de sa valeur. Aussi leur accorde-t-on le plus souvent un délai pour s'en défaire.

β) Les exceptions à la destitution *ad nutum* sont donc rares en France. En Allemagne le principe est renversé, comme il a été exposé aux chapitres VIII et X. C'est la révocabilité qui est l'exception. La règle est qu'un fonctionnaire ne peut être destitué sans raison grave ; et, dans ce cas, il est admis à se défendre contre la prétention de l'État.

Ce principe, sur lequel on ne saurait assez insister, est le plus caractéristique de toute la législation allemande sur les fonctionnaires. Il a une influence capitale sur leur situation et leur assure presque l'inamovibilité : c'est à peine s'ils sont moins bien traités que les magistrats.

Un fonctionnaire ne peut être contraint de cesser ses fonctions que pour incapacité de service résultant de son état de santé physique ou morale, ou pour faute professionnelle grave, justifiant la destitution. Dans le premier cas, la loi donne au gouvernement le moyen de se débarrasser d'un fonctionnaire fatigué ou malade, et de rajeunir ainsi les cadres selon les besoins ; dans le second, elle lui permet d'éliminer les éléments indignes de sa confiance. On concilie de cette façon l'intérêt légitime du fonctionnaire et les besoins non moins légitimes de l'administration.

La procédure par laquelle un fonctionnaire est contraint de cesser ses fonctions, varie selon qu'il s'agit d'infirmités ou de peine disciplinaire. Dans le premier cas, on distingue en outre s'il a déjà ou s'il n'a pas encore acquis le droit à la retraite. S'il a déjà acquis le droit à la retraite la décision qui le rend à la vie civile ne lui cause pas un tort irréparable, l'État ne se désintéressant pas de lui, et continuant à lui assurer les moyens d'existence : il s'agit ici

d'une simple mise à la retraite d'office. Lorsque le fonctionnaire n'a pas droit à la retraite, c'est-à-dire le plus souvent s'il a moins de 10 ans de service, la loi rend son renvoi plus difficile.

Il suffit, quand il s'agit de mettre un fonctionnaire à la retraite d'office, d'une simple enquête administrative, constatant son incapacité de service. Mais elle se fait selon des formes rigoureuses, offrant de grandes sécurités au fonctionnaire mis en cause (1).

Lorsque le fonctionnaire incapable de continuer son service, n'a pas encore droit à la retraite, la procédure est plus compliquée. Elle nécessite un véritable jugement judiciaire, rendu comme s'il s'agissait de la destitution (2).

La destitution du fonctionnaire à titre de peine, pour faute grave contre ses devoirs professionnels, ne peut être infligée qu'à la suite d'une procédure disciplinaire spéciale, comprenant deux phases : l'enquête préliminaire et le débat oral judiciaire. L'enquête préliminaire est dirigée par un fonctionnaire désigné et surveillé par un autre, qui remplit le rôle du ministère public. Le débat oral a lieu devant des tribunaux spéciaux, comportant deux instances superposées et composés en majeure partie (au moins les Chambres et la Cour de discipline de l'Empire) par des membres judiciaires. Les débats sont en la forme ordinaire des débats oraux : ils comportent un accusateur, un défenseur, un greffier et des témoins qui prêtent serment. Les séances sont publiques d'après la législation d'Empire (3).

Tel est en Allemagne le système de garantie des fonc-

(1) Voir chap. X, p. 352-353.

(2) Voir chap. X, p. 354.

(3) Voir le détail, chap. VIII, p. 265 et suiv.

tionnaires administratifs contre l'État : on voit qu'il est puissamment organisé. Aussi l'indépendance des fonctionnaires n'est-elle nulle part si grande qu'en Allemagne. Quelles que soient leurs opinions, quels que soient leurs actes, s'ils restent dans la légalité, leur position ni leur emploi ne sont en danger. Seules les fautes professionnelles engagent leur responsabilité devant leurs supérieurs, qui les défèrent alors aux tribunaux disciplinaires. Cette indépendance permet au fonctionnaire de se refuser à rendre au gouvernement des services politiques ou électoraux ; mais, présentant ainsi des avantages, elle contient également des dangers et des inconvénients. Il est vrai qu'on ne peut forcer le fonctionnaire à faire de la politique pour le gouvernement, mais en contre on ne peut l'empêcher d'en faire à son détriment. Ce qui le montre nettement c'est la présence fréquente au Reichstag de fonctionnaires siégeant sur les bancs de l'opposition. Ils sont en effet tous éligibles sans autorisation spéciale, le mandat de député au Reichstag n'étant pas incompatible avec une fonction salariée sur les fonds du budget (1). Dès lors on ne peut les empêcher de siéger comme il leur convient, même au milieu d'un parti adverse. Cette solution paraît au premier abord extraordinaire, et certainement elle constitue un abus. On ne saurait oublier, et nous ne pouvons nous empêcher de le répéter pour terminer, que les fonctionnaires sont des agents du gouvernement. Le simple bon sens indique qu'ils doivent au moins garder vis-à-vis de lui la neutralité. Mais il ne faut pas exagérer l'importance de cet inconvénient, et l'on doit tenir compte de

(1) *Reichsverfassung* (Constitution de l'Empire), art. 21, al. 1.

Cette incompatibilité est expressément mentionnée, sauf quelques exceptions, dans notre loi organique du 30 novembre 1875, art. 8, al. 2.

ce fait que ni l'Empire allemand, ni le Royaume de Prusse ne sont des États parlementaires. Ce qui serait impraticable en France peut se faire dans ces pays sans graves dangers, car les gouvernements n'y dépendent pas d'une majorité et ne sont pas mis en péril par l'opposition des partis, bien moins encore par celle de quelques fonctionnaires. Il n'en résulte pour eux que certains désagréments sans importance. La conduite de M. de Bismarck et de Guillaume I^{er}, gouvernant sans budget pendant 3 ans, malgré l'opposition unanime des Chambres prussiennes, de 1861 à 1864, a montré clairement que force reste toujours au pouvoir exécutif, quand il le veut (1). L'Empereur Guillaume II pratique les mêmes principes de gouvernement vis-à-vis du Reichstag : chaque refus de vote est régulièrement suivi d'un décret de dissolution.

En France un pareil régime pourrait aboutir aux plus dangereux abus. Cette différence dans la situation politique des deux pays, montre bien qu'il faut se garder des généralisations hâtives et de croire que l'inaMOVibilité absolue des fonctionnaires de tous ordres soit partout un bienfait. Elle n'est possible que dans les États où le principe d'autorité est placé au-dessus de toute atteinte, et peuplés de citoyens habitués à l'obéissance passive.

(1) Malgré tout il vaut mieux poser en règle que les fonctionnaires ne doivent pas faire de politique. Bismarck lui-même, dans un discours prononcé au Reichstag le 3 mars 1881, s'est déclaré nettement opposé à cette pratique qui influe toujours sur la discipline d'une manière fâcheuse : c'est surtout par rapport aux fonctionnaires de l'ordre judiciaire que la chose paraît dangereuse. Cf. Rosin, *Grundzüge einer allg. Staatslehre nach den politischen Reden und Schriftstücken des Fürsten Bismark* dans les *Annalen des deutschen Reiches*, 1898, p. 119 et 120.

APPENDICE

Traduction de la loi concernant la situation légale des fonctionnaires de l'Empire allemand, du 31 mars 1873,
changée et complétée par les lois du 21 avril 1886 et du 25 mai 1887.

Dispositions générales.

§ 1. — Est fonctionnaire d'Empire, dans l'esprit de cette loi, tout fonctionnaire nommé, soit par l'Empereur, soit d'après les prescriptions de la constitution de l'Empire, et obligé d'obéir aux ordres de l'Empereur.

§ 2. — Dans la mesure où la nomination des fonctionnaires d'Empire n'est pas faite sous la réserve expresse de la révocabilité ou de la congéabilité, ces derniers sont considérés comme nommés à vie.

§ 3. — Avant d'entrer en fonction, tout fonctionnaire d'Empire doit être assermenté pour l'accomplissement de toutes les obligations de la fonction qui lui est conférée.

§ 4. — Tout fonctionnaire reçoit lors de sa nomination un titre de nomination.

Le droit du fonctionnaire à l'obtention du traitement lié à la fonction, commence, s'il n'y a pas de dispositions spéciales, au jour de l'installation en fonction, et en ce qui touche les augmentations octroyées ultérieurement, au jour de l'allocation.

§ 5. — Le paiement du traitement a lieu par mois et à l'avance. Le conseil fédéral garde le droit de désigner les

fonctionnaires auxquels le traitement sera payé par trimestre (1).

Les fonctionnaires qui jusqu'à la promulgation de la

(1) Avis du Chancelier de l'Empire, du 5 juillet 1873.

En vertu du § 5 de la loi du 31 mars 1873, le Bundesrat a décidé que les traitements payés par trimestre seraient ceux :

du Chancelier de l'Empire ;

des fonctionnaires de l'Office impérial de l'intérieur, et de ses diverses sections ;

des fonctionnaires de l'Office de statistique ;

— des douanes et du bureau des comptes des impôts ;

— de l'Office fédéral pour l'indigénat ;

des directeurs supérieurs des postes, conseillers supérieurs des postes et conseillers des postes ;

du chef et de l'Inspecteur de l'Office postal des journaux ;

des fonctionnaires du Reichstag ;

— des affaires étrangères, des ambassades et des consulats ;

— du Ministère de la guerre royal de Prusse, de la caisse militaire générale royale de Prusse et de l'Auditorat général royal de Prusse ;

— de l'Office impérial de la Marine ;

— de la Cour des Comptes ;

— du Tribunal de l'Empire ;

— de l'administration du fonds des Invalides de l'Empire ;

— de l'Office impérial des chemins de fer, du Président et des membres de la direction générale des chemins de fer de l'Empire ainsi que du Mécanicien en chef ;

des inspecteurs des chantiers et d'exploitation, des inspecteurs des marchandises, et de l'inspecteur télégraphique des chemins de fer de l'Empire.

Avis du Chancelier du 27 décembre 1875.

En vertu du § 5 de la loi du 31 mars 1873, le Bundesrat a décidé d'ajouter à cette liste :

les fonctionnaires de la commission des poids et mesures ;

— de la banque d'Empire ;

— de l'Office sanitaire.

Avis du Chancelier des 19 nov. 1877, 20 mai 1885, 24 mars 1887, et 21 mai 1890, ajoutant à ces listes :

les membres et les autres fonctionnaires nommés définitivement à l'Office impérial des brevets ;

présente loi, ont touché leur traitement par trimestre, continueront à le toucher de la même façon, au moins jusqu'à leur avancement à un emploi supérieur.

§ 6. — Les fonctionnaires d'Empire ne peuvent valablement céder, engager ou transmettre d'une autre manière, leurs droits au paiement du traitement d'activité ou de disponibilité ou de la pension, que dans la mesure où ils sont saisissables (§ 19).

L'ordre de paiement est adressé à la caisse qui doit payer, par un document authentique.

§ 7. — Lorsqu'un fonctionnaire, administrant une fonction comprise dans le budget des traitements, laisse après sa mort une veuve ou des descendants légitimes, ces héritiers (1) ont droit encore au plein traitement du fonctionnaire décédé pendant le trimestre qui suit le mois de la mort (Trimestre de grâce, *Gnadenquartal*), sans préjudice cependant de droits plus étendus qui auraient pu lui être assurés avant la promulgation de la présente loi, avant son entrée au service de l'Empire.

On considère comme traitement, en ce qui touche la disposition précédente, non seulement les appointements, mais encore les autres émoluments de service (2) octroyés

les inspecteurs supérieurs d'exploitation, les inspecteurs de circulation, les inspecteurs des machines, les inspecteurs des constructions et d'exploitation, et les caissiers principaux des chemins de fer de l'Empire ;

les membres et fonctionnaires nommés définitivement à l'Office impérial des Assurances ;

les fonctionnaires de l'Office supérieur maritime, le Président et le Membre budgétaire de la Direction centrale des *Monumenta Germaniæ historica* ;

l'inspecteur impérial pour l'examen de pilote et de batelier ;

les fonctionnaires de l'Office pour le jaugeage des navires ;

les fonctionnaires de l'Institut impérial de physique et technique.

(1) Voir aussi § 149 de la présente loi.

(2) Voir §§ 9, 23, al. 2. 38, 42, 44 de la présente loi.

au décédé par la caisse de l'Empire, toutefois seulement quand ces derniers ne peuvent être considérés comme un remboursement de dépenses effectuées par le fonctionnaire. C'est l'autorité moyenne (*Vorgesetzte Diensbehörde*) (1), qui décide à qui le trimestre de grâce doit être payé. Le trimestre de grâce ne peut être l'objet d'aucune saisie (2).

§ 8. — Le trimestre de grâce peut être accordé même en l'absence des héritiers indiqués au § 7, et avec l'autorisation de l'autorité centrale (*Oberste Reichsbehörde*) (3), si le décédé laisse dans le besoin des parents, des frères ou sœurs, des neveux, nièces, ou enfants d'adoption dont il était le soutien, ou lorsque sa succession est insuffisante à couvrir les frais de sa dernière maladie ou de ses funérailles.

§ 9. — La famille du fonctionnaire décédé peut continuer à occuper son logement de service, encore pendant les trois mois qui suivent le mois du décès.

Si le fonctionnaire ne laisse point de famille, ses héritiers jouissent d'un délai de 30 jours à partir du jour du décès, pour débarrasser le logement de service.

Dans tous les cas les chambrés de bureau et de séances, et tous autres locaux nécessaires au service, doivent être débarrassés immédiatement.

§ 10. — Tout fonctionnaire d'Empire a le devoir d'administrer en conscience, selon la constitution et les lois,

(1) Voir au chap. V. p. 177-178, la classification des autorités de l'Empire.

(2) Mais peut être cédé, engagé, ou transmis autrement. Voir § 6 de la présente loi.

Pour les droits des veuves et orphelins voir la loi du 20 avril 1881 et ses compléments.

(3) Voir § 159 de la présente loi.

l'office qui lui est confié, et de se montrer digne, par sa conduite en fonction et hors fonction, de la considération qu'exige sa profession.

§ 11. — Le fonctionnaire est tenu d'observer le silence, même après avoir quitté le service public, sur toutes les affaires dont il a eu connaissance en vertu de sa fonction, et dont le secret doit être gardé en raison de leur nature ou par suite d'un ordre de son supérieur.

§ 12. — Avant de donner comme expert, un avis extrajudiciaire, le fonctionnaire d'Empire est tenu de demander l'autorisation de l'autorité moyenne (*Vorgesetzte Behörde*) dont il dépend.

Les fonctionnaires d'Empire ont également le devoir de refuser leur témoignage, en ce qui concerne les faits sur lesquels porte l'obligation au secret professionnel, même après avoir quitté le service public, lorsqu'ils n'en sont pas dégagés pour la circonstance, par l'autorité moyenne (*Vorgesetzte Dienstbehörde*) dont ils dépendent ou ont dépendu.

§ 13. — Tout fonctionnaire d'Empire est responsable de la légalité des actes qu'il accomplit dans l'exercice de sa fonction (1).

§ 14. — C'est à l'Empereur qu'appartient le droit d'édicter les prescriptions sur le congé des fonctionnaires d'Empire et leur remplacement.

En cas de maladie et dans les cas d'absence où les fonctionnaires n'ont pas besoin de congé (Constitution, art. 21), il n'y a pas lieu à diminution de traitement. Les frais de remplacement incombent à la caisse de l'Empire.

Un fonctionnaire qui reste éloigné de sa fonction sans

(1) Voir aussi § 154 de la présente loi.

congé régulier, ou qui dépasse le congé accordé, en est puni de la perte de son traitement pendant la durée de l'absence illégale, lorsqu'il ne produit pas d'excuses valables.

§ 15. — Les fonctionnaires nommés par l'empereur, ne peuvent accepter d'autres souverains ou gouvernements, des titres, décorations, cadeaux, traitements ou rémunérations, qu'avec l'autorisation de l'Empereur.

Tout fonctionnaire d'Empire a besoin d'une autorisation de l'autorité centrale (*Oberste Reichsbehörde*) pour accepter un cadeau ou une récompense en raison de sa fonction.

§ 16. — Aucun fonctionnaire d'Empire ne peut, sans autorisation préalable de l'autorité centrale (*Oberste Reichsbehörde*) (1), accepter un office ou une occupation accessoires auxquels est liée une rémunération continue, ou exercer une industrie. La même autorisation est nécessaire au fonctionnaire d'Empire qui veut entrer comme chef, ou comme membre du conseil d'administration ou de surveillance dans une société à but acquisitif. Cette autorisation ne peut être accordée lorsque la place est liée directement ou indirectement à une rémunération.

L'autorisation reste toujours révocable.

Ces dispositions ne s'appliquent pas aux consuls commerçants, ni aux fonctionnaires en disponibilité provisoire.

§ 17. — Les titres, rangs et uniformes des fonctionnaires d'Empire sont fixés par l'Empereur (2).

§ 18. — Le montant des indemnités journalières et frais de voyage accordés aux fonctionnaires d'Empire à l'occasion d'un emploi en dehors de leur lieu de séjour, ainsi

(1) Voir § 159 de la présente loi.

(2) Il n'y a encore d'ordonnances que par rapport à quelques fonctionnaires des postes (1^{er} avr. 1871, 17 juill. 1876, 22 févr. 1882).

que les frais de déplacement qui leur seront bonifiés à l'occasion de leurs déplacements, sera fixé par une ordonnance de l'Empereur, rendue avec accord du Bundesrat (1).

§ 19. — La situation légale des fonctionnaires en activité, est fixée, lorsqu'aucune loi impériale ne la règle, par les lois sur les fonctionnaires actifs ou ayant quitté le service public, en vigueur au lieu de leur résidence. Quant aux fonctionnaires de l'Empire, dont le lieu de résidence est fixé au dehors des États fédérés, on leur applique, auprès des autorités allemandes, les règles légales de leur État d'origine (§ 21), et s'ils n'en ont pas, celles du droit prussien.

Les mêmes faveurs qui sont accordées d'après la législation des États allemands à la famille survivante de leurs fonctionnaires locaux, par rapport à l'imposition des pensions, sommes de protection ou autres, qui leur reviennent, soit sur les fonds de l'État, soit sur ceux d'une caisse de prévoyance publique, sont appliquées aux survivants d'un fonctionnaire d'Empire, par rapport aux droit analogues qu'ils possèdent sur des fonds de l'Empire, d'un État, ou d'une caisse de prévoyance publique (2).

§ 20. — L'Empire ou ses autorités possèdent sur le fonctionnaire impérial les mêmes droits que la législation de l'État fédéré en vigueur au lieu de sa résidence, accorde à cet État ou à ses autorités sur les fonctionnaires locaux par rapport :

1° à l'apposition des scellés sur l'héritage d'un fonctionnaire d'Empire ;

(1) Une série d'ordonnances a été rendue en vertu de cet article.

(2) Voir §§ 7 et 69 de la présente loi.

2° au privilège en matière de faillite ou par suite d'un débet à la charge d'un fonctionnaire d'Empire, résultant pour lui de l'administration d'une caisse ou autre gestion pécuniaire.

§ 21. — Les fonctionnaires d'Empire, dont le lieu de la fonction est situé à l'étranger, restent sous la compétence du juge ordinaire dont ils ressortissaient dans leur État d'origine : en l'absence d'un pareil juge compétent, l'on considère comme tel celui de la capitale de leur État d'origine, et si le fonctionnaire n'a pas d'État d'origine le tribunal urbain de Berlin (1). Si la capitale est divisée en plusieurs circonscriptions judiciaires le tribunal compétent est fixé par une disposition générale émanant de l'administration judiciaire.

§ 22. — Si le lieu de résidence professionnelle du fonctionnaire (§ 21) est fixé dans un pays où existe une juridiction consulaire impériale, la disposition précédente n'empêche pas le fonctionnaire d'être soumis en même temps à la juridiction consulaire impériale, d'après la loi du 8 novembre 1867.

Déplacement dans une autre fonction (2).

§ 23. — Tout fonctionnaire d'Empire doit accepter, quand les besoins du service l'exigent, son déplacement dans un autre poste de rang et traitement budgétaires égaux, moyennant la bonification des frais de déplacements réglementaires.

On ne considère pas comme réduction de traitement la perte de la possibilité d'administrer des emplois accessoi-

(1) Remplacé depuis le 1^{er} octobre 1879 par l'Amtsgericht I et le trib. de 1^{re} instance I à Berlin.

(2) Voir aussi § 158 de la présente loi.

res, la suppression d'indemnités de lieux de séjour ou enfin de revenus considérés comme frais de service (1).

Mise en disponibilité provisoire.

§ 24. — Tout fonctionnaire d'Empire peut être mis en disponibilité provisoire, moyennant l'octroi du traitement de disponibilité fixé, par suite d'une modification dans la composition des autorités impériales.

§ 25. — Outre les cas indiqués dans le paragraphe 24, peuvent en tout temps être mis en disponibilité provisoire, moyennant l'octroi du traitement de disponibilité fixé par la loi, les fonctionnaires cités ci-après :

Le chancelier de l'Empire, le secrétaire d'État à l'Intérieur, le secrétaire d'État à l'Office impérial de la Marine, le secrétaire d'État aux Affaires étrangères, les Directeurs et Chefs de sections à l'Office impérial de l'Intérieur et ses subdivisions, ainsi qu'à l'Office des affaires étrangères et dans les Ministères; le Président de l'Office impérial des chemins de fer, les Conseillers rapporteurs et auxiliaires budgétaires de l'Office des affaires étrangères, les Intendants militaires et de la marine, les Agents diplomatiques y compris les Consuls, les Gouverneurs, Chanceliers et Commissaires des colonies et protectorats allemands (2).

§ 26. — Le traitement de disponibilité est égal au traitement d'activité lorsque ce dernier ne dépasse pas 50 thalers (3); lorsqu'il est plus élevé, le traitement de disponibilité est égal aux $\frac{3}{4}$ du traitement d'activité, toutefois sans pouvoir être inférieur à 50 thalers.

(1) Voir aussi § 42, al. 1, de la présente loi.

(2) Décis. imp. des 24 déc. 1879 et 30 mars 1889. Lois du 7 juin 1873, § 2, al. 2, et du 31 mai 1887.

(3) Un thaler vaut 3 fr. 75.

Dans le calcul du montant annuel du traitement de disponibilité les fractions de thaler sont complétées en thalers entiers.

§ 27. — Le paiement du traitement de disponibilité est effectué à l'avance et de la façon usitée jusque-là pour le paiement du traitement (1). Le paiement du traitement d'activité cesse, et celui du traitement de disponibilité commence avec la fin du trimestre qui suit le mois pendant lequel ont été signifiés au fonctionnaire intéressé, la décision de mise en disponibilité provisoire, son point de départ et le montant du traitement de disponibilité.

§ 28. — Les fonctionnaires mis en disponibilité sont obligés, sous peine de la perte de leur traitement de disponibilité, d'accepter une fonction impériale nouvelle, répondant à leur instruction professionnelle, dans les mêmes conditions où un fonctionnaire d'Empire est obligé, en vertu du paragraphe 23, d'accepter son déplacement dans une autre fonction (2).

§ 29. — Le droit du traitement de disponibilité cesse :

1° Quand le fonctionnaire reprend du service au profit de l'Empire, dans une fonction jouissant d'un traitement au moins égal à celui qu'il touchait auparavant.

2° Quand le fonctionnaire perd la nationalité allemande.

3° Quand le fonctionnaire fixe sa résidence hors du territoire allemand, sans autorisation du Chancelier de l'Empire.

4° Quand le fonctionnaire est destitué (3).

§ 30. — Le droit au traitement de disponibilité est suspendu lorsque, et aussi longtemps que le fonctionnaire

(1) Voir § 5 de la présente loi.

(2) Voir §§ 29, al. 1, et 30 de la présente loi.

(3) Voir §§ 34, 73, al. 1 et 2, de la présente loi.

mis en disponibilité provisoire touche un traitement d'activité par suite d'un nouveau poste ou d'une nouvelle occupation au service de l'Empire ou d'un État fédéré, dans la mesure où le montant de ce nouveau traitement, ajouté au traitement de disponibilité, dépasse le montant du traitement d'activité touché par le fonctionnaire avant sa mise en disponibilité provisoire. Si l'occupation est provisoire, contre indemnité journalière ou autre dédommagement, le traitement de disponibilité reste payé au fonctionnaire pendant les 6 premiers mois de cette occupation, sans réduction, et ce n'est qu'à partir du 7^e mois qu'il est réduit d'après la disposition ci-dessus (1).

§ 31. — En cas de mort d'un fonctionnaire en disponibilité provisoire, la famille survivante a droit au trimestre de grâce du traitement de disponibilité, d'après les principes des paragraphes 7 et 8 (2).

Renvoi des fonctionnaires nommés à l'essai, ou sous la réserve de dénonciation ou révocabilité.

§ 32. — Le renvoi des fonctionnaires nommés à l'essai, ou sous la réserve de dénonciation ou révocabilité, est ordonné par l'autorité qui a décidé de la nomination.

Rentrée en charge de fonctionnaires ayant quitté le service.

§ 33. — Il faut, pour renommer un fonctionnaire qui a quitté le service de l'Empire, volontairement ou non, l'autorisation de l'autorité centrale (*Oberste Reichsbehörde*) (3).

(1) Voir § 60 de la présente loi.

(2) Voir aussi § 149.

(3) Voir aussi § 159.

Pensionnement des fonctionnaires. Droit à la pension.

§ 34. — Tout fonctionnaire dont le traitement est payé par la caisse de l'Empire, reçoit de cette dernière une pension à vie, lorsqu'il devient incapable d'une façon permanente, après 10 ans de services au moins, de remplir les devoirs de sa charge, par suite d'une infirmité corporelle ou d'un affaiblissement de ses forces corporelles ou intellectuelles, et qu'il est mis pour cette raison à la retraite (1).

§ 34-a). — L'incapacité de service n'est pas une condition préalable du droit à la pension, pour les fonctionnaires qui ont accompli leur 65^e année d'âge (2).

§ 35. — Le Chancelier de l'Empire, le secrétaire d'Etat à l'Office impérial de l'Intérieur, le secrétaire d'Etat à l'Office impérial de la Marine et le secrétaire d'Etat à l'Office des Affaires étrangères, peuvent en tout temps, même en l'absence d'incapacité de service, se retirer et être renvoyés. Le droit à la pension commence lorsque l'intéressé a occupé au moins deux ans l'office en question. Le minimum de la pension est de 1/4 du traitement budgétaire. On applique pour le reste, et quant au montant de cette pension, les prescriptions de la présente loi.

§ 36. — Si l'incapacité de service (§ 34) est le résultat d'une maladie ou blessure ou d'un autre accident que le fonctionnaire s'est attiré dans l'exercice de ses fonctions, ou à son occasion, et sans sa faute personnelle, le droit à la pension commence même avant l'accomplissement de la dixième année de service (3).

(1) Voir §§ 36 et 158 de la présente loi : et aussi § 130 de la loi sur l'organisation judiciaire.

(2) Cet article a été introduit par une loi du 21 avril 1886, art. I.

(3) Voir aussi § 41, al. 3 de la présente loi.

§ 37. — Les fonctionnaires nommés sous la réserve de la révocabilité ou de la congéabilité, n'acquièrent le droit à la pension de la présente loi que lorsqu'ils occupent un emploi figurant au budget des traitements ; lorsqu'ils n'occupent pas une telle place, il peut cependant leur être accordé, lors de leur retraite, une pension jusqu'à concurrence du montant fixé par la présente loi (1).

§ 38. — Les fonctionnaires dont le temps et les services ne sont utilisés qu'accessoirement par les affaires dont ils sont chargés, ou qui ne sont nommés que pour un temps expressément déterminé, ou pour une affaire de nature temporaire, n'acquièrent pas le droit à la pension de la présente loi.

C'est l'autorité moyenne (*Vorgesetzte Diensthörde*) dont dépend le fonctionnaire, qui décide en l'installant, si sa position de service est de nature à n'employer son temps et son activité qu'accessoirement (2).

§ 39. — Lorsque, en dehors du cas prévu au § 36, un fonctionnaire tombe en état d'incapacité de service et est retraité de ce chef, avant l'accomplissement de sa 10^e année de service, une décision du Bundesrat peut lui accorder une pension, en cas de nécessité, soit pour un certain temps, soit à vie (3).

Droit aux frais de déplacement.

§ 40. — Lorsque le fonctionnaire mis à la retraite ou en disponibilité provisoire, a sa résidence de service à l'étranger, il a droit aux frais de déplacement nécessaires

(1) Voir aussi § 135 de la présente loi.

(2) Voir aussi § 149 de la présente loi.

(3) Voir § 41, al. 3, de la présente loi.

pour regagner la résidence choisie par lui, dans l'intérieur de l'Empire.

Montant de la pension.

§ 41. — Lorsque la mise à la retraite a lieu après l'accomplissement de la 10^e année de service, mais avant celui de la 11^e, le montant de la pension est de $15/60$ du traitement tel qu'il est compris aux §§ 42 à 44 : le montant s'élève ensuite de $1/60$ par année achevée de service supplémentaire.

La pension ne peut s'élever au delà des $45/60$ de ce traitement.

Dans le cas prévu au paragraphe 36, la pension est des $15/60$, dans le cas du paragraphe 39 elle est au maximum des $15/60$ du traitement ci-dessus désigné (1).

Pour chaque pension, les fractions de thaler dépassant, sont arrondies en thalers complets.

§ 42. — C'est le dernier traitement global touché par le fonctionnaire, qui est pris en considération pour le calcul de la pension, dans la mesure où il n'était pas destiné à défrayer le fonctionnaire de frais de représentation ou de service, et selon les règles suivantes :

1. Les émoluments de service fixes, tels que le logement de service, ou l'indemnité de logement qui le remplace, les matières de chauffage ou d'éclairage, les indemnités en nature, blé, fourrage d'hiver, n'entrent dans le calcul que lorsque leur valeur est ajoutée dans le budget des traitements, au traitement pécuniaire, ou lorsqu'ils sont évaluables à une somme d'argent déterminée.

2. Les émoluments de service, qui sont de valeur varia-

(1) En vertu de la loi du 21 avril 1886, articles II, IV-VI.

ble, sont comptés d'après les règles fixées dans le budget des traitements ou lors de l'obtention de ces émoluments ; en l'absence de pareilles règles, d'après leur montant moyen pendant les 3 dernières années budgétaires qui ont précédé celle au cours de laquelle la pension est réglée.

3. Les revenus purement accidentels, comme tantièmes révocables, frais de commissions, rémunérations extraordinaires, gratifications et autres, ne sont pas comptés.

4. Pour les fonctionnaires militaires ayant droit à une indemnité de logement militaire (*servis*) on considère comme partie intégrante du traitement, le montant moyen de l'indemnité de logement de la place ou de la charge (c'est-à-dire de l'indemnité personnelle).

5. Le traitement global pris en considération pour une place déterminée ne peut dépasser le montant du traitement maximum de la catégorie d'emploi à laquelle elle appartient.

On compte cependant, sans s'occuper de cette limitation, les portions de traitement ou augmentations spéciales, qui ont été accordées au fonctionnaire intéressé avec droit de les faire entrer dans le calcul de la pension, pour égaler son traitement à celui qu'il touchait dans un poste antérieur.

6. Lorsque le traitement d'un fonctionnaire, calculé d'après les règles précédentes, s'élève à plus de 4.000 thalers (15.000 fr.) on ne tient compte de la portion excédante que pour moitié.

La pension est calculée, pour les fonctionnaires mis en disponibilité provisoire, sur le traitement global qu'ils touchaient au moment de cette mise en disponibilité provisoire.

§ 43. — Un fonctionnaire qui a occupé antérieurement un poste auquel était lié un traitement plus élevé, et qui a touché ce traitement pendant un an au moins, reçoit lors de sa mise à la retraite, une pension calculée d'après le traitement plus élevé antérieur, et en tenant compte du temps de service en entier, mais cependant, à condition seulement que son entrée, ou que son déplacement dans le poste de traitement inférieur n'ait pas eu lieu sur sa demande propre, en vertu d'un intérêt personnel, ni à titre de peine en vertu du § 75.

§ 44. — L'emploi ou l'occupation accessoire liés à un traitement, ne créent de droit à pension que lorsque cet emploi accessoire est une place inscrite au budget.

Calcul du temps de service.

§ 45. — Le temps de service est compté à partir du jour de la première prestation de serment au service impérial.

Cependant lorsqu'un fonctionnaire peut prouver que sa prestation de serment n'a eu lieu qu'après son installation en charge, le temps de service est calculé à partir de cette installation.

§ 46. — On compte dans le temps de service, le temps pendant lequel un fonctionnaire s'est trouvé ;

1. Être en disponibilité provisoire avec traitement de disponibilité.

2. Être au service d'un des États allemands, ou de l'administration d'un territoire appartenant à l'un des États allemands.

3. Être nommé provisoirement ou à l'essai, en qualité d'ancien militaire ayant droit à une place civile, au service de l'Empire, ou d'un État, ou de l'administration d'un territoire appartenant à l'un des États.

4. Exercer un service, non pour le compte de l'Empire ou d'un des États, mais en vue d'acquérir l'instruction technique spécialement indiquée dans les règlements des examens, pour être nommé à une charge impériale ou locale.

Dans le cas du n° 2, le temps de service est calculé d'après les règles indiquées pour le calcul du temps de service d'Empire.

§ 47. — On ajoute au temps de service civil, le temps de service militaire actif.

§ 48. — Le temps de service écoulé avant le commencement de la 21^e année d'âge, reste hors de compte (1).

Seul le temps de service militaire accompli au cours d'une guerre, dans un corps de troupes mobilisées ou de réserve, entre en ligne de compte, quel que soit l'âge de l'intéressé.

On compte comme temps de guerre, sous ce rapport, le temps à partir du jour de la mobilisation suivie de guerre jusqu'à celui de la démobilisation.

§ 49. — Pour chaque campagne à laquelle a pris part un fonctionnaire, dans l'armée impériale, dans la marine ou dans l'armée d'un des États et s'il est arrivé véritablement devant l'ennemi, ou s'il est parti en campagne par suite de son emploi, avec les troupes en marche, ou s'il a été embarqué sur un navire ou bâtiment de la marine impériale, désigné pour être employé contre l'ennemi, il lui est compté, outre le temps effectif de son service, une année supplémentaire (2).

C'est une disposition impériale qui décidera dans chaque

(1) En vertu de la loi du 21 avril 1886, art. II, IV-VI.

(2) Le § 49, al. 1, ne s'applique pas aux guerres antérieures à la présente loi.

cas si une entreprise militaire doit être considérée, dans ce sens, comme campagne, et au cas d'une guerre de longue durée, s'il doit être ajouté plusieurs années au service effectif (1). Pour le passé, on s'en rapportera aux dispositions appliquées à ce point de vue dans les divers États de l'Empire.

§ 50. — On s'en rapportera aux dispositions légales concernant le pensionnement des militaires de l'armée impériale, pour savoir dans quelle mesure le temps d'une détention de forteresse ou de guerre, peut être compté.

§ 51. — Le temps passé par les fonctionnaires payés des ambassades et consulats dans des pays extra-européens, sera compté double si le fonctionnaire y a servi pendant plus d'un an : ces pays sont l'Asie centrale et l'Extrême-Orient, l'Amérique centrale et l'Amérique du Sud.

Lorsque les fonctionnaires payés des ambassades et consulats ont servi dans des pays extra-européens autres que ceux désignés ci-dessus, c'est à une décision du Bundesrat qu'il appartiendra de prendre des dispositions analogues (2).

§ 52. — Peut être compté, avec l'approbation du Bundesrat, et d'après les prescriptions des §§ 45-49, le temps pendant lequel un fonctionnaire s'est trouvé :

1. Être notaire ou avoué, en Allemagne ou à l'étranger, ou au service communal, ecclésiastique et scolaire ; ou employé à la Cour d'un des souverains allemands.

2. Être au service d'un État étranger à l'Empire.

3. Exercer un service pratique, non pour le compte de

(1) Il n'y a pas encore eu lieu d'appliquer cette disposition.

(2) Appliqué par décisions du 18 novembre 1880 et du 21 janvier 1886, aux îles de l'Océanie, aux colonies de Togo, Cameroun, Sud-ouest africain, Zanzibar.

l'Empire ou d'un des États, mais un service qui est d'usage avant d'être nommé à certaines charges de l'Empire ou d'un État.

Preuve de l'incapacité de service.

§ 53. — Un fonctionnaire d'Empire qui demande sa mise à la retraite, doit, pour prouver son incapacité de service, apporter une déclaration de l'autorité subalterne dont il dépend (*unmittelbar vorgesetzte Dienstbehörde*) constatant qu'elle le considère en toute sincérité, comme incapable de remplir plus longtemps les devoirs de sa charge.

Il dépend de l'autorité qui statue sur la mise à la retraite, de décider s'il y a lieu de réclamer d'autres preuves, ou si la déclaration de l'autorité subalterne dont dépend le fonctionnaire est suffisante.

§ 54. — La décision sur le point de savoir s'il y a lieu, et à partir de quel moment il y a lieu de donner suite à la demande de mise à la retraite d'un fonctionnaire, ainsi que sur la fixation du montant de la pension, appartient à l'autorité centrale (*oberste Reichsbehörde*) (1). Pour mettre à la retraite un fonctionnaire nommé par patente impériale, il faut l'approbation de l'Empereur.

Paiement des pensions.

§ 55. — La mise à la retraite commence avec la fin du trimestre qui suit le mois pendant lequel la décision de mise à la retraite et le montant de la pension revenant au fonctionnaire (§ 54), lui ont été notifiés, lorsqu'une date plus rapprochée n'est pas fixée sur la demande ou avec le consentement formel du fonctionnaire intéressé (2).

§ 56. — Les pensions sont payées par mois et à l'avance.

(1) Cette disposition est introduite par la loi du 23 mai 1887.

(2) Voir aussi §§ 63 et 67 de la présente loi.

Réduction, suppression et restitution des pensions.

§ 57. — Le droit à la pension est suspendu :

1° Quand un pensionnaire perd la nationalité allemande, jusqu'à ce qu'il l'ait reconquise (1).

2° Quand, et aussi longtemps qu'un pensionnaire touche au service de l'Empire ou d'un État, un traitement qui, ajouté au montant de la pension, dépasse le montant du traitement touché par le fonctionnaire avant son pensionnement ; le paiement est retenu pour ce qui dépasse ce dernier traitement (2).

§ 58. — Un pensionnaire qui reprend du service au profit de l'Empire, dans un poste donnant droit à une pension (§ 57, n° 2), n'acquiert, au cas où il est remis à la retraite, le droit à une pension calculée d'après le temps supplémentaire de service et le traitement de la nouvelle place, que lorsque ce temps supplémentaire est au moins d'un an.

Avec l'octroi d'une pension calculée sur ces nouvelles bases, cesse, jusqu'à concurrence de son montant, le droit à l'ancienne pension.

§ 59. — Lorsqu'un pensionnaire acquiert une pension, dans une place au service d'État (3) donnant droit à pension, la pension accordée en vertu de la présente loi ne continue à être payée que dans la mesure spécifiée au paragraphe 57, n° 2.

§ 60. — La suppression, réduction ou restitution de la pension, en vertu des paragraphes 57-59, part du commencement du mois qui suit celui pendant lequel se produit l'événement qui entraîne une pareille modification.

(1) Voir aussi § 29, al. 3, de la présente loi.

(2) Voir aussi §§ 30 et 59 de la présente loi.

(3) Voir aussi §§ 30 et 57 de la présente loi.

En cas de réemploi passager au service de l'Empire ou d'un État, contre indemnité journalière, ou autre indemnité, on applique les dispositions contenues dans la fin du paragraphe 30.

Mise à la retraite d'office.

§ 60-a) (1). — Lorsqu'un fonctionnaire, âgé de 65 ans accomplis, ne demande pas sa mise à la retraite, celle-ci peut être effectuée, après audition du fonctionnaire et en observant les prescriptions des paragraphes 53 et suivants, comme s'il avait demandé lui-même son pensionnement.

§ 61. — Un fonctionnaire d'Empire qui, par suite de cécité, surdité ou autre infirmité corporelle, ou en raison de l'affaiblissement de ses forces corporelles ou intellectuelles, devient incapable d'une façon permanente de remplir ses obligations professionnelles, doit être mis à la retraite.

§ 62. — Lorsqu'en pareil cas le fonctionnaire ne demande pas lui-même sa mise à la retraite, l'autorité moyenne (*vorgesetzte Dienstbehörde*) lui fait savoir, à lui ou au curateur nommé spécialement à cet effet en cas de besoin, avec indication des motifs, qu'il y a lieu de l'admettre à la retraite.

§ 63. — Lorsque le fonctionnaire ne fait dans le délai de six semaines aucune objection contre cette déclaration, on procède de la même manière que s'il avait lui-même demandé son pensionnement.

Le paiement du plein traitement dure jusqu'à la fin du trimestre qui suit le mois pendant lequel la décision de mise à la retraite lui a été notifiée (2).

(1) Introduit par la loi du 21 avr. 1886, art. III.

(2) Voir aussi §§ 54, 55, 67, 149 et 155 de la présente loi.

§ 64. — Lorsque le fonctionnaire fait des objections contre sa mise à la retraite, c'est à l'autorité centrale (*oberste Reichsbehörde*), qu'il appartient de décider s'il y a lieu de poursuivre la procédure.

Dans ce cas, un fonctionnaire est chargé par l'autorité centrale de faire un exposé des points douteux, d'entendre sous serment les témoins et experts nécessaires : il doit autoriser le fonctionnaire intéressé, ou son curateur, à assister à ces auditions.

Le fonctionnaire à pensionner ou son curateur, doivent être entendus, pour terminer, dans leurs déclarations et réquisitions sur les résultats de l'enquête.

On doit appeler aux débats un greffier assermenté.

§ 65. — Les actes doivent être envoyés, après clôture, à l'autorité centrale, qui ordonne le cas échéant un supplément d'enquête.

Les dépenses brutes de l'enquête sans résultat, occasionnées par la faute du fonctionnaire à pensionner, lui incombent.

§ 66. — Lorsque le fonctionnaire a été nommé par patente impériale (*Kaiserliche Bestallung*) la décision portant mise à la retraite d'office doit être prise par l'Empereur avec accord du Bundesrat.

Pour tous les autres fonctionnaires, la décision appartient à l'autorité centrale (*oberste Reichsbehörde*). Le fonctionnaire possède un délai de 4 semaines depuis la notification de cette décision, pour en recourir au Bundesrat ; l'autorité centrale peut, sans s'occuper de ce droit de recours, suspendre le fonctionnaire de l'exercice ultérieur de sa charge (1).

§ 67. — Le paiement du plein traitement dure jusqu'à

(1) Voir aussi §§ 131, al. 2, 149 et 155 de la présente loi.

la fin du trimestre qui suit le mois pendant lequel la décision de l'Empereur ou de l'autorité centrale, a été notifiée au fonctionnaire mis à la retraite (1).

§ 68. — Lorsqu'un fonctionnaire tombe en état d'incapacité de service avant l'accomplissement du temps de service qui lui donnerait droit à la pension, il ne peut être mis à la retraite, contre sa volonté, que dans les mêmes formes qui sont prescrites pour la procédure disciplinaire formelle (2).

Cependant lorsque l'autorité centrale (*oberste Reichsbehörde*), d'accord avec le Bundesrat, estime qu'il y a lieu d'accorder au fonctionnaire une pension égale à celle à laquelle il aurait droit s'il avait accompli le temps de service prescrit, sa mise à la retraite d'office peut être effectuée selon les formes des paragraphes 61-67.

Droits des survivants.

§ 69. — Lorsqu'un pensionnaire laisse après sa mort une veuve ou des héritiers légitimes, la pension est encore payée pendant le mois qui suit celui du décès. C'est l'autorité centrale (*oberste Reichsbehörde*) qui décide à qui ce paiement doit être fait : elle peut déléguer son droit de décision à l'autorité supérieure (*höhere Reichsbehörde*) (3).

Le paiement de la pension pour le mois qui suit le mois du décès peut être accordé, avec autorisation de l'autorité centrale, lorsque le décédé laisse après lui dans le besoin des parents, frères, sœurs, neveux ou pupilles dont il était le soutien, ou lorsque sa succession ne suffit pas à couvrir les frais de dernière maladie ou de funérailles.

(1) Voir aussi § 63, al. 2, de la présente loi.

(2) Voir aussi §§ 80 et suiv. de la présente loi.

(3) Introduit par la loi du 25 mai 1887.

Le montant du mois de pension payé après le mois du décès ne peut être l'objet d'aucune saisie (1).

Dispositions transitoires.

§ 70. — Lorsque la pension, calculée d'après la présente loi, est plus basse que la pension qui aurait dû être accordée au fonctionnaire s'il avait été admis à la retraite avant la mise en vigueur de la présente loi, et d'après les prescriptions applicables alors, c'est cette dernière pension qui doit lui être accordée au lieu de la première.

§ 71. — Lorsqu'en vertu d'un contrat public, passé avant l'application de la présente loi, des dispositions spéciales ont été convenues par rapport au droit à pension qui résulte pour un fonctionnaire entrant au service de l'Empire, d'un service antérieur, ces dispositions doivent être observées, même pour le calcul de la pension qui revient à ce fonctionnaire sur les fonds de l'Empire. On doit toutefois appliquer au fonctionnaire les dispositions de la présente loi, au lieu des dispositions spéciales ci-dessus, toutes les fois qu'elles lui sont plus favorables.

Dispositions générales concernant les fautes professionnelles et leur punition disciplinaire (2).

§ 72. — Un fonctionnaire d'Empire qui manque à ses devoirs professionnels (§ 10), commet une faute professionnelle et encourt une peine disciplinaire (3).

§ 73. — Les peines disciplinaires sont :

- 1° Les peines disciplinaires simples ;
- 2° La relégation de la fonction.

(1) Voir aussi § 7, 8 et 31 de la présente loi.

(2) Voir aussi § 158 de cette loi, et loi sur l'org. jud., §§ 128 et 129.

(3) Voir aussi § 10 de la présente loi.

§ 74. — Les peines disciplinaires simples sont :

1° L'avertissement (1) ;

2° Le blâme ;

3° L'amende (2),

pour les fonctionnaires payés, jusqu'au montant du traitement mensuel, pour les fonctionnaires non payés jusqu'à 30 thalers.

L'amende peut être ajoutée au blâme.

§ 75. — La relégation de la fonction comprend :

1° Le déplacement par la voie disciplinaire.

Il a lieu par déplacement dans un autre poste de rang égal, mais avec réduction de traitement au maximum de 1/5^e. La réduction de traitement peut être remplacée par une amende ne dépassant pas le tiers du traitement annuel (3).

Le déplacement par la voie disciplinaire est mis en application par l'autorité centrale (*oberste Reichsbehörde*).

2° La destitution.

Elle entraîne avec elle la perte du titre et du droit à la pension. Lorsque la qualité de fonctionnaire a déjà cessé avant la fin de la procédure disciplinaire, et au cas où l'inculpé ne renonce pas volontairement à son titre et à sa pension en se chargeant des frais (4), la perte de ces droits est prononcée à la place de la destitution.

Si l'inculpé appartient à la classe des fonctionnaires qui ont droit à la pension, et si des circonstances atténuantes militent en faveur d'un adoucissement de la peine, l'autorité disciplinaire a le pouvoir de fixer dans sa décision

(1) Voir aussi §§ 1 et 2, et § 80 de la présente loi.

(2) Voir aussi § 81 de la présente loi.

(3) Voir § 23 de la présente loi.

(4) Voir § 100 de la présente loi.

qu'une partie de la pension légale sera laissée à l'accusé, soit à vie, soit pour un certain nombre d'années.

§ 76. — Le choix entre les peines portées aux §§ 73 à 75, doit dépendre de l'importance plus ou moins grande de la faute professionnelle, en tenant spécialement compte de la conduite générale de l'inculpé.

§ 77. — On ne peut intenter de procédure disciplinaire pour le même fait, envers un inculpé contre lequel une instruction judiciaire est ouverte.

Lorsqu'au cours d'une procédure disciplinaire, il est ouvert pour le même fait, contre l'inculpé, une enquête judiciaire, la procédure disciplinaire doit être suspendue jusqu'à la fin de la procédure judiciaire.

§ 78. — Lorsque les tribunaux criminels ordinaires prononcent l'acquittement, il ne peut être intenté de procédure disciplinaire pour les mêmes faits qui ont été l'objet des débats judiciaires, que lorsque ces faits constituent en eux-mêmes, et sans leur rapport avec l'objet de l'affaire qui a été le sujet de l'enquête, une faute professionnelle.

Lorsqu'une instruction judiciaire a abouti à une condamnation qui n'entraîne pas comme conséquence la perte de la fonction publique (1), l'autorité qui statue sur l'introduction des procédures disciplinaires (§ 84, al. 1) a le droit de décider s'il y a lieu encore d'introduire ou de poursuivre une procédure disciplinaire.

§ 79. — Lorsque la loi spécifie, pour des fautes professionnelles qui sont l'objet d'une procédure disciplinaire, l'obligation à réparation ou à dommages et intérêts, ou une autre obligation de droit civil, la plainte des intéressés est jugée par les tribunaux civils. Cela n'exclut pas le

(1) Ces condamnations sont indiquées aux §§ 31, 33, 37 du Code pénal allemand.

droit de l'autorité moyenne (*vorgesetzte Behörde*) d'exiger d'un fonctionnaire la restitution d'une somme ou valeur perçue ou gardée illégalement.

De la procédure disciplinaire.

§ 80. — Tout supérieur hiérarchique a compétence d'infliger un avertissement ou un blâme aux fonctionnaires qui lui sont subordonnés (1).

§ 81. — Les amendes peuvent être appliquées :

1^o Par l'autorité centrale (2) (*oberste Reichsbehörde*) contre tout fonctionnaire d'Empire et cela jusqu'au maximum (§ 74, n^o 3).

2^o Par les autorités immédiatement subordonnées aux précédentes (3) (autorités supérieures) et par les représentants de ces autorités, jusqu'à concurrence de dix thalers.

3^o Par les autorités subordonnées à celles du n^o 2, et par les chefs de ces autorités, jusqu'à concurrence de 3 thalers (4).

§ 82. — Avant d'infliger une peine disciplinaire simple, on doit donner au fonctionnaire l'occasion de s'expliquer au sujet de la faute professionnelle qui lui est reprochée.

La prononciation des peines disciplinaires simples a lieu avec l'indication des motifs, par décision écrite ou procès-verbal (5).

Lorsque la non-exécution d'une prescription spéciale de service dans un délai déterminé, est menacée d'une amende,

(1) Voir § 74 de la présente loi.

(2) Voir § 159 de la présente loi.

(3) Voir § 159 de la présente loi.

(4) Voir § 159 de la présente loi.

(5) Voir § 98 de la présente loi.

cette amende peut être fixée sans autre condition, après l'écoulement dudit délai.

§ 83. — La plainte par la voie hiérarchique est seule admise en matière de peines disciplinaires simples.

§ 84. — La relégation de la fonction (1) doit être précédée d'une procédure disciplinaire formelle : Cette procédure est mise en action par une décision de l'autorité centrale (*oberste Reichsbehörde*).

La procédure disciplinaire comprend une enquête préliminaire écrite, et un débat oral.

§ 85. — L'autorité centrale (*oberste Reichsbehörde*) nomme le fonctionnaire chargé de mener l'enquête, et les fonctionnaires qui, au cours de la procédure disciplinaire, seront chargés de représenter le ministère public.

S'il y a péril en la demeure, la décision d'introduction de procédure et la nomination du fonctionnaire chargé de l'enquête préliminaire, pourront émaner provisoirement de l'une des autorités ou de l'un des fonctionnaires indiqués au § 81, n° 2. Mais ils doivent aussitôt requérir l'approbation de l'autorité centrale, et en cas de refus, arrêter la procédure.

§ 86. — Les autorités disciplinaires chargées de prononcer la sentence, se réunissent selon les besoins et sont :

1° en première instance les Chambres de discipline.

2° en deuxième instance la Cour de discipline.

§ 87. — Il est érigé une Chambre de discipline à chacun des lieux suivants : Potsdam, Frankfort-sur-l'Oder, Königsberg, Danzig, Stettin, Kœslin, Bromberg, Posen, Magdebourg, Erfurt, Breslau, Liegnitz, Oppeln, Münster, Arnsherg, Düsseldorf, Cologne, Trèves, Darmstadt, Frankfort-

(1) Voir § 75 de la présente loi.

sur-le-Mein, Cassel, Hanovre, Schleswig, Leipzig, Carlsruhe, Lübeck et Brême.

D'autres Chambres de discipline peuvent être érigées en d'autres lieux, par ordonnance de l'Empereur rendue avec accord du Bundesrat (1).

La Cour de discipline se réunit au siège du Tribunal de l'Empire.

§ 88. — Les circonscriptions des Chambres de discipline sont délimitées par l'Empereur, avec accord du Bundesrat.

Est compétente, dans chaque cas, la Chambre de discipline dans la circonscription de laquelle l'accusé a le siège de sa fonction au moment de l'introduction de la procédure disciplinaire formelle ; lorsque le siège de la fonction est à l'étranger, la Chambre compétente est celle de Potsdam.

Les conflits de compétence entre diverses Chambres de discipline sont réglés par la Cour de discipline.

§ 89. — Chaque Chambre de discipline est composée de sept membres ; le président et au moins trois autres membres doivent occuper un emploi judiciaire dans l'un des États allemands.

Les débats oraux et les décisions nécessitent dans chaque affaire disciplinaire la présence de cinq membres. Le président et au moins deux des assesseurs doivent être des membres judiciaires.

§ 90. — Lorsque, sur la demande du fonctionnaire qui représente le ministère public, ou de l'accusé, la Cour de discipline reconnaît qu'il y a des motifs de douter de l'impartialité de la Chambre de discipline saisie, une autre Chambre de discipline désignée par la Cour de discipline, est chargée de juger l'affaire.

(1) En vertu de cet alinéa, des Chambres de discipline ont été érigées à Strasbourg et à Stuttgart.

§ 91. — La Cour de discipline se compose de onze membres ; au moins quatre d'entre eux doivent être des plénipotentiaires du Bundesrat ; le président et cinq des autres membres au moins, doivent être des membres du tribunal de l'Empire.

Les débats oraux et la décision nécessitent dans chaque affaire disciplinaire, la présence de sept membres. Le président et au moins trois des assesseurs doivent être des membres judiciaires.

§ 92. — Le service intérieur des autorités disciplinaires, et en particulier les attributions des présidents, et le roulement d'après lequel les membres judiciaires devront prendre part aux séances, sera fixé par un règlement projeté par la Cour de discipline et approuvé par le Bundesrat (1).

§ 93. — Les membres des Chambres et de la Cour de discipline sont élus par le Bundesrat, et nommés par l'Empereur, pour la durée de l'office qu'ils occupent au service de l'Empire ou d'un État lors de cette nomination. Ils sont assermentés pour l'accomplissement des obligations de cette charge.

§ 94. — L'accusé est cité à comparaître au cours de l'enquête préliminaire, et les points de l'accusation lui sont communiqués. Le fonctionnaire qui représente le ministère public est invité à y assister. Ils sont entendus tous deux, quand ils apparaissent, dans leurs déclarations et conclusions. Les témoins sont entendus, au besoin sous serment, les autres preuves sont rassemblées. Ni le fonctionnaire du ministère public, ni l'accusé ne peuvent assister à l'audition des témoins.

Il n'y a pas lieu à arrestation, prise de corps ou mandat d'amener de l'accusé.

(1) Ce règlement a été rendu le 8 avril 1880.

§ 95. — Il est dressé procès-verbal par un greffier assermenté, des actes de l'enquête. Leurs dépositions doivent être lues aux personnes qui ont déposé, immédiatement après qu'il en a été dressé procès-verbal, et on leur donne le moyen de se rectifier ou de se compléter.

§ 96. — Lorsque le fonctionnaire chargé de l'enquête préalable considère cette enquête préalable comme terminée, il communique les actes au fonctionnaire qui représente le ministère public. Si ce dernier considère un supplément d'enquête comme nécessaire, il le demande au fonctionnaire enquêteur, qui, au cas où il est d'avis contraire, requiert la décision de l'autorité centrale (*oberste Reichsbehörde*).

§ 97. — Le contenu des preuves relevées est communiqué à l'accusé, après la clôture de l'enquête préliminaire. Les actes sont ensuite adressés à l'autorité centrale (*oberste Reichsbehörde*).

§ 98. — L'autorité centrale peut, en raison du peu de résultats de l'enquête préliminaire, arrêter la procédure, et, le cas échéant, infliger une peine disciplinaire simple.

L'accusé reçoit notification de la décision, qui doit être appuyée de motifs (1).

§ 99. — La reprise de la procédure disciplinaire au sujet des mêmes accusations, n'est possible qu'en raison de preuves nouvelles et pendant un délai de cinq ans, du jour de la décision arrêtant la procédure.

S'il y a eu application d'une peine disciplinaire simple (§ 98) la reprise de la procédure arrêtée n'est pas possible.

§ 100. — La procédure doit être arrêtée si l'accusé donne sa démission du service d'Empire, en renonçant à

(1) Voir aussi § 82 de la présente loi.

ses titre, traitement et pension (1), à condition qu'il ait achevé les affaires commencées et qu'il apporte quittance totale s'il était chargé de la gestion de fonds impériaux.

Il ne peut dans ce cas être frappé de peine disciplinaire simple. Les frais de la procédure interrompue (§ 124) sont à sa charge.

§ 101. — Si l'autorité centrale (*oberste Reichsbehörde*) décide de déférer l'affaire à la Chambre de discipline, le fonctionnaire qui représente le ministère public rédige un acte d'accusation, dont copie est communiquée à l'accusé ; ce dernier est cité à comparaître à une séance fixée par le président de la Chambre de discipline, pour le débat oral.

L'accusé peut se faire assister comme défenseur, d'un avocat (2) ou d'un avocat-avoué, auquel communication doit être accordée des actes de l'enquête préliminaire.

§ 102. — Le débat oral a lieu, même si l'accusé ne comparait point. Ce dernier peut se faire représenter par un avocat-avoué. Cependant si le lieu de sa fonction se trouve dans l'Empire allemand, la Chambre de discipline peut ordonner sa comparution personnelle et l'avertir que s'il ne se présente pas, il ne sera pas admis à se faire remplacer par un défenseur.

§ 103. — Le débat oral est public.

Le huis-clos peut être prononcé par décision de la Chambre de discipline, sur la demande de l'accusé, du fonctionnaire qui représente le ministère public, ou par voie administrative : la publicité des débats peut être simplement réduite à certaines personnes. Les raisons du huis-clos total ou partiel doivent être portées au procès-verbal de la séance.

(1) Voir § 75, al. 2, de la présente loi.

(2) Il n'y a plus d'avocats depuis le 1^{er} octobre 1879.

§ 104. — Le contenu essentiel de l'acte d'accusation est exposé oralement par le fonctionnaire qui représente le ministère public, lors des débats oraux. L'accusé est entendu. S'il avoue les faits qui constituent l'objet de l'accusation, et s'il ne s'élève pas de doutes sur la véracité de ses aveux, la Chambre de discipline décide qu'il n'y a pas lieu à l'établissement des preuves.

Au cas contraire, un rapporteur, nommé par le président de la Chambre de discipline parmi les membres de cette Chambre, fait un exposé des charges relevées au cours de la procédure antérieure pour tout ce qui se rapporte aux points de l'accusation cités dans l'acte d'accusation.

On entend pour terminer, le ministère public dans ses réquisitoire, exposé et conclusions, ainsi que l'accusé et sa défense. Le dernier mot appartient à l'accusé.

§ 105. — Lorsqu'avant, ou au cours du débat oral, sur la demande de l'accusé ou du ministère public, ou dans l'intérêt du service public, la Chambre de discipline juge l'audition de témoins nécessaire, soit devant elle, soit par l'intermédiaire d'un fonctionnaire délégué à cet effet, ou la production d'autres moyens de preuve, elle prend les mesures qu'il convient et renvoie l'affaire à une date ultérieure qui doit être indiquée à l'accusé.

§ 106. — L'audition des témoins a lieu pendant le débat oral, soit sur la citation du ministère public, soit sur celle de l'accusé. Elle porte sur les points qui paraissent importants à fixer, et ne doit pas continuer si la Chambre de discipline a la conviction que la demande d'audition a simplement pour but de faire traîner l'affaire en longueur.

§ 107. — Lorsque des raisons telles que maladie, grande distance ou autres empêchements irréductibles, s'opposent à la comparution d'un témoin, l'audition de ce témoin

par un fonctionnaire commis à cet effet, est ordonnée par la Chambre de discipline, le ministère public et l'accusé étant invités à y assister.

Il n'y aurait pas une distance suffisante dans l'esprit de la présente loi, si le témoin habitait dans le ressort de la Chambre de discipline saisie.

§ 108. — La Chambre de discipline prononce le jugement d'après sa libre conviction, formée par la substance des débats et des preuves, sans être liée à un système de preuves légales ; elle décide dans quelle mesure elle considère l'accusation comme fondée.

Si l'accusation n'est pas fondée, la Chambre de discipline prononce l'acquiescement de l'inculpé. Il ne peut y avoir acquiescement préalable (renvoi de l'instance). On ne peut reprendre de procédure disciplinaire contre l'accusé acquitté, pour les mêmes faits qui ont été l'objet de l'accusation.

Si l'accusation est fondée, le jugement peut porter une simple peine disciplinaire.

Le jugement, qui doit être motivé, est prononcé dans la séance pendant laquelle s'est terminé le débat oral, ou au plus tard, dans les 15 jours suivants. Une expédition du jugement est notifiée à l'accusé.

§ 109. — Il est dressé un procès-verbal des débats oraux, dans lequel sont portés les noms des personnes présentes et les faits principaux de l'instance. Le procès-verbal est signé par le président et par le greffier.

§ 110. — L'appel devant la Cour de discipline est ouvert contre la décision de la Chambre de discipline, aussi bien au fonctionnaire qui représente le ministère public qu'à l'accusé.

On ne peut introduire, dans l'instance d'appel, des faits nouveaux constituant la base d'une autre accusation.

§ 111. — Le recours en appel est formé par procès-verbal ou par écrit, auprès de la Chambre de discipline qui a rendu la décision attaquée. Il peut aussi être engagé par mandataire agissant au nom de l'accusé.

Le délai de l'appel est de 4 semaines. Il commence pour le fonctionnaire qui représente le ministère public, avec la fin du jour pendant lequel a été prononcé le jugement, et pour l'accusé avec la fin du jour où a été notifiée l'expédition du jugement.

§ 112. — Celui qui a fait appel dans les délais légaux, à quinze jours comptés à partir de la fin du délai de l'appel, pour rédiger l'écrit justificatif de l'appel.

§ 113. — La notification de l'appel et l'écrit justificatif sont communiqués par écrit à l'adversaire, et si ce dernier est le ministère public, par minute.

L'adversaire peut produire une réponse dans un délai de 15 jours à partir de la remise ou présentation.

§ 114. — Si l'accusé se trouve à l'étranger, la Chambre de discipline prolonge d'office en sa faveur, les délais de l'appel et de justification de l'appel, ainsi que le délai de réponse du fonctionnaire qui représente le ministère public, en tenant compte de l'éloignement du lieu de la fonction de l'inculpé; cette mesure lui est notifiée en même temps que le jugement, et s'il y a lieu en même temps que l'appel du ministère public.

§ 115. — Les délais de justification de l'appel et de réponse (§ 112-114) peuvent, sur demande, être prolongés par la Chambre de discipline.

§ 116. — Les actes sont envoyés à la Cour de discipline après l'écoulement des délais prescrits par les paragraphes 113 à 115.

La Cour de discipline prend les mesures nécessaires pour l'éclaircissement de l'affaire. Elle fixe une séance pour le débat oral, et cite l'accusé à y comparaître, en présence du ministère public.

Un rapporteur, nommé par le président de la Cour de discipline parmi ses membres, fait au cours de l'audience, un exposé de la procédure antérieure se rapportant aux points de l'accusation contenus dans l'acte d'accusation.

On procède pour le reste en se rapportant aux dispositions des paragraphes 101 al. 2, 102, 103, 104 al. 2 et 3, 105, 106, 107 al. 1, 108 et 109.

§ 117. — Il n'y a pas, en matière de procédure disciplinaire, d'autre voie de recours que l'appel. L'opposition ou la restitution en particulier ne sont pas recevables.

§ 118. — L'Empereur a le droit de lever ou d'adoucir les peines prononcées par les autorités disciplinaires.

§ 119. — Les prescriptions des paragraphes 84-118 s'appliquent également aux fonctionnaires en état de disponibilité provisoire.

Le siège de leur dernière fonction fixe la compétence en matière de procédure disciplinaire.

Dispositions spéciales aux fonctionnaires de l'administration militaire.

§ 120. — C'est le général commandant le corps d'armée ou le chef de l'amirauté impériale, qui ordonnent l'introduction de la procédure et nomment le fonctionnaire chargé de l'enquête préliminaire contre un fonctionnaire militaire placé exclusivement sous le commandement de chefs militaires.

§ 121. — L'autorité disciplinaire chargée de rendre la sentence est, en 1^{re} instance, la Commission de discipline militaire (1).

(1) En appel c'est la Cour de discipline de Leipzig qui est compétente.

Il y a, pour chaque corps d'armée, au siège du commandement général, une Commission de discipline militaire. Elle est composée par un colonel avec la qualité de président et par six autres membres, dont trois doivent appartenir à l'état-major, avec le grade de capitaines d'infanterie ou de cavalerie ; les autres sont des hauts fonctionnaires de l'administration militaire.

Les Commissions disciplinaires pour la marine ont leur siège aux lieux de stations navales (1) et sont composées d'un capitaine de vaisseau comme président et de six autres membres, dont trois appartiennent à l'état-major de la marine avec le grade de lieutenants de vaisseau ; les autres sont des hauts fonctionnaires de l'administration de la marine.

Les membres des Commissions sont nommés par les autorités centrales (*oberste Reichsbehörden*).

§ 122. — La fonction du ministère public auprès des Commissions disciplinaires militaires est occupée par l'auditeur du corps ou par l'auditeur de la station maritime. Il est remplacé en cas d'empêchement par un autre auditeur désigné par l'autorité centrale (*oberste Reichsbehörde*).

§ 123. — On applique, en ce qui concerne la prononciation, contre les fonctionnaires militaires, de peines disciplinaires autres que les peines de relégation de la fonction, les dispositions spéciales à ces fonctionnaires. Il en est de même pour la suspension des fonctions de tous les fonctionnaires de l'administration militaire, en cas de guerre.

Frais de la procédure disciplinaire.

§ 124. — On ne perçoit sur les procédures disciplinaires ni taxes ni timbre ; on ne tient compte que des dépenses réelles.

(1) Ces stations sont Kiel et Wilhelmshaven.

L'accusé condamné à la suite d'une procédure formelle (§ 84) est tenu de payer les frais bruts de la procédure, en totalité ou en partie. C'est la sentence disciplinaire qui règle cette obligation de rembourser.

Suspension préalable.

§ 125. — Un fonctionnaire d'Empire est frappé de suspension préalable (suspension des fonctions) par le seul effet de la loi :

1^o Quand son arrestation est décidée au cours d'une procédure judiciaire pénale, ou quand il y a contre lui un arrêt non encore définitif, entraînant en vertu de la loi, perte de la fonction.

2^o Quand une décision non encore exécutoire, portant destitution, a été rendue par la voie disciplinaire.

§ 126. — La suspension dure, dans le cas du paragraphe 125, alinéa 1, jusqu'à l'achèvement du 10^e jour après la levée du mandat d'arrêt, ou jusqu'à ce qu'il soit intervenu, en instance supérieure, une décision définitive condamnant le fonctionnaire inculqué à une peine différente. Si l'arrêt définitif porte peine privative de liberté, la suspension dure jusqu'après l'exécution de la peine. Si l'exécution du jugement est arrêtée ou interrompue sans la faute du condamné, il ne subit pas de réduction de traitement pendant la durée de ce retard ou de cette interruption (§ 128). Cette règle s'applique également au délai de 10 jours porté au 1^{er} alinéa du présent paragraphe, sauf lorsque la suspension de la fonction est prononcée par la voie disciplinaire avant l'achèvement de ces dix jours.

Dans le cas du paragraphe 125, alinéa 2, la suspension dure jusqu'à ce que la décision rendue par la voie disciplinaire, ait acquis l'autorité de la chose jugée.

§ 127. — La suspension peut être prononcée par l'autorité centrale (*oberste Reichsbehörde*) dès qu'une procédure judiciaire pénale est intentée contre le fonctionnaire, ou dès qu'elle ordonne l'introduction d'une procédure disciplinaire contre lui (§ 84), ou bien au cours de l'une ou l'autre de ces procédures, jusqu'au prononcé du jugement.

§ 128. — On retient au fonctionnaire suspendu, à partir de la fin du mois pendant lequel la suspension a été prononcée, la moitié de son traitement.

L'autorité centrale (*oberste Reichsbehörde*) peut, en cas de besoin du fonctionnaire, limiter la réduction de traitement au quart.

On ne tient pas compte, dans le calcul de la partie du traitement à retenir, des sommes payées à titre de frais spéciaux.

La partie retenue du traitement, est affectée aux frais de remplacement du fonctionnaire inculpé, et ce qui en reste aux frais de l'enquête (§ 124). Le fonctionnaire ne peut être contraint de contribuer par d'autres sommes aux frais de son remplacement.

§ 129. — Même dans le cas où la procédure aboutit à la destitution du fonctionnaire, la partie retenue du traitement non employée à couvrir les frais (§ 128), doit lui être restituée.

Les pièces justificatives de l'emploi des sommes doivent être fournies au fonctionnaire sur sa demande ; cet emploi ne peut être critiqué par la voie de droit.

§ 130. — Si le fonctionnaire est acquitté, la partie retenue du traitement doit lui être restituée intégralement.

S'il n'est frappé que d'une peine disciplinaire simple (1),

(1) Voir aussi § 108, al. 3 de la présente loi.

la somme retenue doit lui être restituée dans la mesure où elle dépasse les débours de l'enquête et de la peine disciplinaire simple le concernant. Les frais de son remplacement ne peuvent lui être déduits.

§ 131. — Lorsqu'il y a péril en la demeure, l'exercice de sa charge peut être provisoirement interdite à un fonctionnaire, même par des supérieurs qui n'ont pas qualité pour prononcer la suspension ; mais il y a lieu d'en rendre compte immédiatement à l'autorité centrale (*oberste Reichsbehörde*).

Cette interdiction n'entraîne aucune réduction du traitement.

§ 132. — Quand il intervient, par la voie disciplinaire, une décision non encore définitive portant destitution, contre un fonctionnaire mis en disponibilité provisoire avec le traitement de disponibilité, le quart de ce traitement de disponibilité est retenu.

On applique par rapport à la restitution de la portion retenue du traitement de disponibilité les règles des paragraphes 129 et 130.

§ 133. — Sont valables et font courir les délais, toutes les notifications, communications, remises et citations portées aux paragraphes 64-132, lorsqu'elles ont été faites aux intéressés en observant les formes requises pour les notifications judiciaires en matière pénale.

Lorsque l'accusé a quitté le siège de sa fonction sans que ses supérieurs hiérarchiques sachent le lieu de son séjour, les notifications se font à la dernière demeure de l'accusé au lieu de sa fonction.

Dispositions spéciales aux débets des fonctionnaires.

§ 134. — La fixation des sommes manquantes, en matière

de deniers publics ou privés, découvertes dans les caisses impériales ou dans les autres administrations de l'Empire, appartient d'abord à l'autorité chargée directement de la surveillance de cette caisse ou de cette administration (1).

§ 135. — Cette autorité doit d'abord déterminer si en vertu du paragraphe 141, la responsabilité de ce débet incombe à un fonctionnaire d'Empire, et le cas échéant auquel ; et s'il s'agit d'un débet matières, à quel montant doit s'élever la somme à rembourser en argent.

§ 136. — L'autorité subalterne (*unmittelbar vorgesetzte Behörde*) doit de même fixer les sommes qui manquent, en deniers publics ou privés, confiés à la gestion d'un fonctionnaire d'Empire en vertu d'une disposition officielle spéciale, sans faire partie d'une caisse impériale ou d'une autre administration impériale.

§ 137. — L'autorité indiquée aux paragraphes 134 et 135, doit prendre une décision motivée en ce qui concerne le montant du débet, la personne responsable du remboursement et la cause de cette obligation.

§ 138. — L'autorité peut aussi, selon les circonstances, prendre plusieurs décisions, si une partie du débet s'explique de suite, tandis qu'une autre nécessite encore des recherches ultérieures, ou bien si l'obligation à restitution est certaine pour quelques personnes et douteuse pour d'autres.

§ 139. — Si cette autorité a la qualité d'autorité supérieure (*höhere Reichsbehörde*) (2) la décision prise d'après les paragraphes 143 et 144 est exécutoire.

Dans tous les autres cas la décision doit être soumise à l'examen de l'autorité supérieure hiérarchique (*vorgesetzte*

(1) Voir aussi § 159 de la présente loi.

(2) Voir § 159 de la présente loi.

höhere Behörde) ; elle n'est exécutoire qu'après son approbation.

La décision doit immédiatement être portée à la connaissance de l'autorité supérieure (*oberste Reichsbehörde*).

Cette dernière peut toujours intervenir et prendre elle-même la décision, ou la modifier.

§ 140. — Les règles d'exécution ou de sûreté, à prendre relativement au remboursement, doivent être indiquées dans la décision adoptée.

Ces mesures sont prises en se conformant aux lois de l'État fédéral où se passe l'action.

§ 141. — La décision à prendre pour obtenir le remboursement direct du débet peut être dirigée :

1° contre tout fonctionnaire convaincu par l'autorité impériale, d'être l'auteur ou le complice de la soustraction ;

2° a) Contre les fonctionnaires chargés de l'administration de la caisse, et jusqu'à concurrence du déficit ;

b) Contre tout autre fonctionnaire qui en raison de sa fonction devait participer à la perception ou au paiement, à la recette, à la remise ou au transport des sommes de caisses ou autres objets, cependant jusqu'à concurrence seulement de la somme dont il a été gestionnaire, et si le déficit résulte, d'après la conviction de l'autorité, d'une faute grossière de gestion.

Ceci s'applique contre les fonctionnaires portés au paragraphe 136, dans les cas qui y sont indiqués (1).

§ 142. — Lorsque des fonctionnaires rendus responsables de la restitution d'un déficit et ayant déposé caution, sont maintenus en fonction, ils doivent garantir le rem-

(1) Voir aussi § 146 de la présente loi.

boursement par d'autres sûretés ; s'ils ne le font pas, l'exécution forcée s'adresse d'abord à leur fortune personnelle et non à leur caution.

§ 143. — L'exécution de la décision est confiée par l'autorité administrative, aux justices compétentes, aux huissiers et aux autorités hypothécaires.

Ces derniers sont tenus, sans avoir le droit de vérifier la légalité de la décision, et lorsqu'il ne se présente pas d'autres difficultés, de faire les actes d'exécution sans mandat de paiement préalable, et promptement : ils saisissent les objets de patrimoine nécessaires à couvrir le déficit, et inscrivent aux registres des hypothèques les sommes requises.

§ 144. — La déclaration obligeant un fonctionnaire à combler un déficit (§ 137 et 141) est attaquant par la voie judiciaire et par la voie hiérarchique, tant par rapport à son montant que par rapport à l'obligation de restitution elle-même.

Le délai pour faire usage de la voie de droit est d'un an : c'est un délai de rigueur ; il commence au jour où la décision d'exécution est communiquée à l'intéressé, et quand le fonctionnaire ne se trouve pas à son domicile, au jour de la décision.

Le tribunal apprécie au cours du débat ouvert par la plainte du fonctionnaire, et d'après sa libre conviction, la véracité des faits qui lui sont reprochés et les prétentions des parties.

La justice apprécie s'il y a lieu de faire prêter encore une fois serment à l'une des parties, à propos de la véracité ou de la fausseté d'une assertion de fait.

Le fonctionnaire peut encore, au cours d'une enquête introduite contre lui à propos d'un déficit de caisse, et

dans la mesure où cela peut influer sur la peine, faire des objections contre la décision, même après l'achèvement du délai d'un an, et lorsque ces objections ne pourraient plus être valablement produite devant la justice civile.

§ 145. — Le tribunal décide, sur la demande du fonctionnaire, si l'exécution forcée doit être suspendue ou non. Il y a lieu de surseoir lorsque le fonctionnaire établit que l'exécution aurait pour lui des conséquences difficilement réparables. Le tribunal doit, s'il ordonne de surseoir à l'exécution, et sur demande de l'autorité plaignante, prendre les mesures de sûretés nécessaires pour assurer en l'absence de l'exécution, le remboursement du déficit.

§ 146. — Lorsqu'il y a lieu de craindre d'une façon imminente, qu'un fonctionnaire contre lequel l'exécution forcée est possible (§ 141), se soustraie par la fuite ou fasse disparaître son patrimoine pour éviter la restitution, l'autorité ou le fonctionnaire immédiatement supérieurs, peuvent, même s'ils n'ont pas la qualité d'autorité supérieure (*höhere Reichsbehörde*) saisir au préalable le traitement qui doit supporter la retenue (§ 19, n° 1) et en cas de besoin, le reste des biens meubles du fonctionnaire ci-dessus désigné.

Il doit en être rendu compte immédiatement à l'autorité supérieure (*höhere Reichsbehörde*) et son approbation doit être requise.

§ 147. — Lorsqu'une saisie a été effectuée par les autorités ou fonctionnaires supérieurs, en vertu du paragraphe 146, le tribunal du lieu où s'est effectuée la saisie doit ordonner, sur la demande du fonctionnaire saisi, qu'il soit apporté, dans un délai à fixer, la décision prévu aux paragraphes 137 et 140.

Si cette décision n'est pas présentée, le tribunal déclare,

sur demande de l'intéressé, la levée immédiate de la saisie. Au cas contraire, on applique le paragraphe 144.

§ 148. — Il n'est perçu ni taxes, ni timbres, en matière de procédure administrative concernant des valeurs disparues.

*Voies de droit pour la poursuite des droits pécuniaires
des fonctionnaires.*

§ 149. — La voie de droit est ouverte d'après les règles suivantes, aux fonctionnaires d'Empire, pour la poursuite des droits pécuniaires qui résultent de leur qualité de fonctionnaires, particulièrement pour l'obtention de leur traitement, traitement de disponibilité, ou pension, ainsi que pour la poursuite des droits reconnus à la famille des fonctionnaires d'Empire par la loi (1).

§ 150 (2). — Il faut, avant de déposer une plainte, qu'il soit intervenu une décision de l'autorité centrale (*oberste Reichsbehörde*). La plainte doit être déposée, sous peine de déchéance, dans les 6 mois qui suivent la communication à l'intéressé de la décision de cette autorité.

Dans les cas où la décision a été prise, en vertu du paragraphe 54, par l'autorité supérieure (*höhere Reichsbehörde*) le droit de plainte se perd quand l'intéressé n'a pas, dans le même délai, intenté la plainte devant l'autorité centrale (*oberste Reichsbehörde*).

§ 151. — Le fisc impérial est représenté par l'autorité supérieur (*höhere Reichsbehörde*) dont dépend ou dépendait le fonctionnaire d'Empire, et par l'autorité centrale (*oberste Reichsbehörde*) lorsqu'il est ou a été directement sous ses ordres.

(1) Voir aussi §§ 7 et 31 de la présente loi.

(2) La rédaction de cet article résulte de la loi du 25 mai 1887.

§ 152. — Les intéressés ont contre le jugement de 1^{re} instance (1) les mêmes voies de recours qui existent quand la valeur du litige est maximum (2). On peut attaquer également, quelle que soit la valeur du litige, le jugement de la 2^e instance (3) : cette valeur n'a d'importance, ainsi que la conformité de deux jugements de 1^{re} et 2^e instances, que dans la mesure où en dépend la question de savoir quelle voie de recours est ouverte entre plusieurs que sanctionnent les lois locales (4).

Le Tribunal de l'Empire décide en dernière instance au lieu et place du tribunal suprême reconnu par les lois locales pour le territoire dans lequel la 1^{re} instance a été saisie de l'affaire. Les dispositions de la loi du 12 juin 1869, portant création d'un tribunal suprême pour les affaires commerciales, et ses compléments, sont étendues aux procès civils désignés au paragraphe 149, dans la mesure où l'alinéa 1^{er} du présent paragraphe ne porte pas de dispositions contraires (5).

§ 153. — Quand il s'agit d'une des contestations indiquées au paragraphe 144, le fisc impérial est représenté dans l'application des paragraphes 151 et 152 par l'autorité supérieure (*höhere Reichsbehörde*) qui a fixé le débet ou l'a déclaré exécutoire (§ 139, al. 2). Si cette décision a été prise par l'autorité centrale (*oberste Reichsbehörde*) c'est cette dernière qui représente le fisc impérial.

(1) Dans tous les cas le jugement de 1^{re} instance est rendu par le tribunal civil de 1^{re} instance.

(2) Cette voie est l'appel à la Cour d'appel.

(3) La voie de recours est la révision (§ 509, n° 2 du Code de procédure civile) qui est jugée par le Tribunal de l'Empire.

(4) Disposition aujourd'hui sans objet.

(5) Le 2^e alinéa du § 152 n'a d'importance que pour la Bavière qui seule a gardé un tribunal suprême.

§ 154. — La compétence en matière de litiges pécuniaires, contre des fonctionnaires d'Empire, pour abus de pouvoir ou omission coupable d'actes professionnels, appartient tant au tribunal dans le ressort duquel le fonctionnaire avait son domicile à l'époque de sa faute professionnelle, que celui dans le ressort duquel il a son domicile à l'époque du dépôt de la plainte.

L'admission des voies de droit, la compétence du Tribunal de l'Empire et la procédure devant ce dernier, sont réglées par les dispositions du paragraphe 152.

§ 155. — Les décisions des autorités disciplinaires administratives, par rapport à la relégation de la fonction, à la mise à la retraite d'office, à la mise en disponibilité provisoire, à la suspension préalable, ou aux peines disciplinaires simples infligées, doivent servir de règle dans l'appréciation des droits pécuniaires réclamés en justice.

Dispositions finales.

§ 156. — Les fonctionnaires du Reichstag ont les droits et les devoirs des fonctionnaires d'Empire.

La nomination des fonctionnaires du Reichstag appartient au Président du Reichstag qui constitue leur autorité moyenne (*Vorgesetzte Behörde*).

§ 157. — La présente loi ne s'applique à des personnes ayant la qualité de soldat, que dans la mesure des paragraphes 134-148.

§ 158. — Les dispositions de la présente loi, en ce qui concerne le déplacement à une autre fonction, la mise à la retraite ou en disponibilité d'office, les peines disciplinaires simples, et la suspension préalable, ne s'appliquent ni aux membres du Tribunal de l'Empire, ni aux membres de l'Office fédéral pour l'indigénat, ni aux mem-

bre de la Cour des comptes de l'Empire allemand, ni aux fonctionnaires judiciaires de la justice militaire.

Enfin les prescriptions de la présente loi, par rapport au pensionnement et à la perte de la pension, ne s'appliquent pas aux membres du Tribunal de l'Empire (1).

§ 159. — L'exécution de la présente loi sera réglée par une ordonnance de l'Empereur, qui désignera plus exactement les autorités faisant partie des diverses autorités d'Empire mentionnés au cours de cette loi (2).

(1) Les règles qui s'appliquent à ces diverses exceptions ont été exposées au cours du chap. VIII.

(2) Cette ordonnance, rendue le 23 novembre 1874, range toutes les autorités de l'Empire hiérarchiquement parmi les autorités centrales, supérieures, moyennes ou subalternes : Voir chap. V, p. 177.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	1

CHAPITRE PREMIER

Développement de la fonction publique en Allemagne. 9

§ 1. — Les fonctionnaires publics avant Frédéric-Guillaume 1^{er}. 11

I. — Le système féodal et la fonction publique. 11

II. — Développement des fonctions et condition des fonctionnaires 14

a) Fonctionnaires de l'Empire. 15

b) Fonctionnaires locaux. 19

α) Développement des fonctions. 19

β) Situation des fonctionnaires 23

§ 2. — Frédéric Guillaume 1^{er} et ses réformes. 28

I. — Recrutement des fonctionnaires en Prusse. 28

a) Fonctionnaires administratifs 29

b) Fonctionnaires judiciaires. 30

II. — Situation des fonctionnaires prussiens 32

a) Devoirs des fonctionnaires 32

b) Droits des fonctionnaires 34

III. — Situation des fonctionnaires dans le reste de l'Allemagne à la fin du XVIII^e siècle 35

§ 3. — Réglementation légale de la condition des fonctionnaires 37

I. — Codification de 1792 37

II. — Législation moderne. 40

CHAPITRE II

Qu'est-ce qu'un fonctionnaire public. 44

I. — Définition du service public 44

II. — Recherche d'un signe caractérisant le fonctionnaire. 46

1. La fonction n'est pas caractéristique.	46
2. Ni la durée du lien qui unit le fonctionnaire à l'Etat.	50
3. Ni la présence d'un traitement.	52
4. Ni le fait de disposer de l'autorité publique	53
5. Ni la nomination émanant du chef de l'Etat.	55
6. Ni l'existence entre l'Etat et le fonctionnaire d'un lieu com- portant fidélité et obéissance spéciales	56
7. Ni les définitions légales.	58
III. — <i>Les fonctionnaires de carrière.</i>	59
1. Distinction entre les fonctionnaires de carrière et les fonc- tionnaires d'honneur.	59
2. Le fait d'exercer un service public et de le faire librement ne sont pas des signes suffisants pour être caractéristiques et permettre de savoir dans tous les cas si une personne a la qualité de fonctionnaire	63
3. Définition générale du fonctionnaire de carrière	64

CHAPITRE III

Nature juridique du lien qui unit le fonctionnaire à l'Etat.	66
§ 1. — <i>Différentes théories qui ont cherché à caractériser le lien</i>	66
I. — <i>Théories de Droit privé.</i>	67
1. Précaire de Droit romain	67
2. Louage d'ouvrage.	69
3. Mandat.	71
4. Contrat innommé.	73
5. Donation.	74
6. Contrat spécial de service.	76
a) Théorie de v. der Becke	76
b) Théorie de Meisterlin.	77
II. — <i>Théories de droit public.</i>	78
1. Contrainte légale au service public	78
2. Acte unilatéral de l'Etat de nature mixte, ou de droit public.	85
3. Rapport contractuel de droit public	88
§ 2. — <i>Théorie du contrat de Droit public.</i>	90
I. — <i>Le lien qui unit le fonctionnaire à l'Etat est un contrat</i>	90
II. — <i>Nature du contrat de service public</i>	95
1. Il est de droit public	95
2. Il ne comporte pas rapport de puissance.	99
§ 3. — <i>Intérêt de la controverse. Conclusion.</i>	103

CHAPITRE IV

Caractères spéciaux de la fonction publique en Allemagne.	103
§ 1. — <i>Superposition de deux catégories de fonctions publiques en Allemagne</i>	103
§ 2. — <i>Etendue des fonctions impériales et locales</i>	107
1. Affaires étrangères	108
2. Office impérial de l'intérieur	109
3. — de la marine.	110
4. — de la justice.	110
5. — du trésor	111
6. — des chemins de fer	112
7. — des postes et télégraphes	112
8. Affaires militaires.	113
§ 3. — <i>Classification des fonctionnaires allemands</i>	116
I. — <i>Fonctionnaires impériaux</i>	116
1. Fonctionnaires médiats et immédiats	116
2. Fonctionnaires du Reichstag, de la Banque et des colonies.	117
3. Fonctionnaires d'Alsace-Lorraine	118
II. — <i>Fonctionnaires locaux</i>	119
1. Fonctionnaires administratifs et judiciaires	120
2. Fonctionnaires administratifs, médiats et immédiats.	120
3. Fonctionnaires pragmatiques et non pragmatiques en Bavière	121
4. Fonctionnaires des églises et des écoles	121

CHAPITRE V

Accès à la fonction publique.	123
§ 1. — <i>Conditions générales d'accès à la fonction publique</i>	124
1. Conduite irréprochable	124
2. Age, santé	125
3. Nationalité	125
4. Confession	126
5. Noblesse	126
§ 2. — <i>Instruction professionnelle des fonctionnaires</i>	126
I. — <i>Séparation des fonctions moyennes et supérieures</i>	127
1. Fonctionnaires politiques	127
2. Fonctionnaires administratifs, moyens et supérieurs.	128

II. — <i>Conditions d'aptitude au service public.</i>	130
A. — <i>Service d'Empire.</i>	130
1. Postes et télégraphes	130
a) Elèves des Postes.	130
b) Employés des Postes	133
2. Service diplomatique	134
3. Service consulaire	135
4. Service judiciaire.	136
B. — <i>Service d'État.</i>	137
1. Fonctions judiciaires	138
a) Prusse	139
α) Examen de référendaire.	140
β) Stage judiciaire	141
γ) Examen d'assesseur	143
δ) Renseignements statistiques	144
b) Petits Etats	146
α) Examen de référendaire.	146
β) Examen d'assesseur	147
γ) Renseignements statistiques	148
2. Fonctions administratives.	151
a) Prusse	152
α) Stage administratif	152
β) Examen d'assesseur	154
γ) Renseignements statistiques	155
b) Petits Etats	157
α) Bavière.	157
β) Saxe.	157
γ) Wurtemberg	157
δ) Bade et Hesse.	158
3. Service forestier	159
4. Services techniques ; ingénieurs et architectes.	162
5. Service des mines	163
III. — <i>Critique du système de préparation à la fonction publique.</i>	165
1. Durée des études.	166
2. Organisation des cours	168
3. Critique des examens.	169
4. Stage.	171
5. L'examen opposé au concours.	172

CHAPITRE VI

Nomination, serment, cautionnement des fonctionnaires.	174
§ 1. — <i>Nomination des fonctionnaires</i>	174
I. — <i>Droit de nomination.</i>	174

1. Empire.	173
2. Prusse	178
3. Petits Etats.	180
II. — <i>Formes et effets de la nomination</i>	182
§ 2. — <i>Serment des fonctionnaires</i>	185
I. — <i>Fondement du serment</i>	185
II. — <i>Formes et contenu du serment</i>	186
§ 3. — <i>Cautionnement des fonctionnaires</i>	189
I. — <i>Principe du cautionnement, son inutilité</i>	189
II. — <i>Législation sur les cautions</i>	195
1. Obligation à la caution	195
2. Nature du dépôt	196
3. Ce que garantit la caution	197
4. Administration et restitution de la caution	198
III. — <i>Conséquences de la suppression des cautions</i>	200

CHAPITRE VII

Devoirs des fonctionnaires et interdictions spéciales à l'occasion de leurs fonctions. 203

§ 1. — <i>Obligations relatives à l'accomplissement de la fonction</i>	203
I. — <i>Devoir d'exercer effectivement la fonction</i>	203
1. Caractère personnel et illimité de ce devoir	203
2. Cas de dispense de l'exercice effectif de la fonction	205
a) Dispense spéciale pour une affaire déterminée	205
b) Dispense générale par congé	205
c) Dispense générale par suite d'élection aux Chambres parlementaires	210
d) Dispense pour l'accomplissement d'un devoir civique	211
II. — <i>Devoir d'obéissance</i>	212
1. Prétendu devoir de fidélité	212
2. Conflit entre l'obéissance et la responsabilité	213
3. Limites de l'obéissance	215
III. — <i>Devoir de secret professionnel</i>	218
IV. — <i>Devoir de conduite privée honorable</i>	219
V. — <i>Devoir d'aménité envers le public</i>	220
§ 2. — <i>Interdictions spéciales qui résultent de la fonction</i>	221
I. — <i>Interdiction d'accepter des titres, décorations, etc., d'un gouvernement quelconque</i>	221

II. — <i>Interdiction d'accepter des cadeaux pour faits de charge</i> . . .	222
III. — <i>Restrictions concernant les emplois accessoires</i>	222
IV. — <i>Autorisations de mariage</i>	224
V. — <i>Interdictions et restrictions spéciales</i>	225

CHAPITRE VIII

Action de l'Etat sur le fonctionnaire. Voies disciplinaires 226

<i>Principes</i>	226
§ 1. — <i>Pouvoirs administratifs de l'Etat sur le fonctionnaire</i>	229
I. — <i>Déplacement par la voie administrative</i>	229
1. Fonctionnaires administratifs	229
2. Fonctionnaires judiciaires	230
II. — <i>Mise en disponibilité provisoire</i>	232
1. Fonctionnaires administratifs	232
a) Conditions de la mise en disponibilité	232
b) Devoirs des fonctionnaires en disponibilité	235
c) Droits des fonctionnaires en disponibilité	235
2. Fonctionnaires judiciaires	238
§ 2. — <i>Voies disciplinaires contre le fonctionnaire</i>	238
I. — <i>Nature du droit disciplinaire</i>	238
1. Base de ce droit	238
a) Droit pénal et droit disciplinaire	239
b) Théorie de Laband	241
c) Théorie de Seydel	242
2. Notion de la faute disciplinaire	244
II. — <i>Répression disciplinaire</i>	245
A. <i>Voies disciplinaires simples</i>	246
1. Fonctionnaires administratifs	246
a) Peines et compétence	246
α) Avertissement et blâme	246
β) Amende	246
γ) Arrêts	248
b) Procédure en cas de peine disciplinaire simple	248
2. Fonctionnaires judiciaires	249
B. <i>Voies disciplinaires par procédure en forme</i>	251
1. Peines applicables	251
α) Déplacement disciplinaire	252
β) Destitution	253
γ) Perte du titre et de la pension	254

2. Tribunaux disciplinaires	255
a) Fonctionnaires administratifs	255
α) Empire	255
β) Prusse	258
γ) Petits États	260
b) Fonctionnaires judiciaires	261
α) Empire	261
β) Prusse	262
γ) Petits États	263
c) Fonctionnaires de l'armée et de la marine	264
3. Procédure disciplinaire en forme	265
a) Fonctionnaires administratifs	265
α) Enquête préliminaire	265
β) Débat oral	267
γ) Sentence	267
δ) Appel	268
b) Fonctionnaires judiciaires	269
4. Reprise de procédure	269
5. Influence de la procédure pénale sur la procédure disciplinaire	270
C. Voies disciplinaires en Bavière	271
III. — <i>Suspension préalable</i>	273
1. Cas de suspension préalable	273
2. Effets de la suspension préalable	276

CHAPITRE IX

Droits et sanction des droits des fonctionnaires	279
§ 1. — <i>Droits des fonctionnaires</i>	280
I. — <i>Droit à la protection de l'État pour les actes accomplis dans l'exercice de la fonction</i>	280
II. — <i>Droits honorifiques des fonctionnaires</i>	281
1. Titre	281
2. Rang	282
III. — <i>Droits pécuniaires des fonctionnaires</i>	284
A. — <i>Droits personnels au fonctionnaire lui-même</i>	285
1. Traitement	285
a) Nature du traitement	285
b) Montant du traitement, augmentations à l'ancienneté	286
α) Règles ordinaires de l'augmentation	286
β) Système des traitements à l'ancienneté	287
γ) Critique	290

c) Législation sur les traitements.	292
α) Date de départ du traitement.	292
β) Paiement du traitement.	293
γ) Modifications au traitement.	293
δ) Saisissabilité et cessibilité.	293
2. Accessoires du traitement.	295
a) Logement.	295
α) En nature	295
β) Indemnité de logement.	296
b) Frais de déplacement.	297
α) Frais de voyage.	297
β) Frais de transport	298
γ) Frais de déménagement.	298
δ) Calcul et paiement	299
c) Indemnités diverses.	299
3. Pensions de retraite.	300
a) Droit à la pension	301
b) Montant de la pension.	302
α) Pension ordinaire.	302
1 ^o Prusse et Empire.	302
2 ^o Saxe.	302
3 ^o Wurtemberg	303
4 ^o Bade.	303
5 ^o Hesse.	303
6 ^o Bavière.	304
β) Pension pour accident ou invalidité.	305
c) Calcul de la pension.	307
α) Évaluation du traitement	307
β) Calcul du temps de service	308
d) Paiement de la pension.	310
e) Modifications de la pension	311
α) Augmentation	311
β) Réduction	311
γ) Suppression	312
B. — <i>Droits de la famille du fonctionnaire</i>	313
1. Termes de grâce	313
2. Pensions de veuves.	314
a) Droit à la pension	314
b) Montant de la pension	315
α) Pension ordinaire.	315
β) Pension pour accidents	316
3. Pensions d'orphelins	317
4. Pensions d'ascendants.	319
5. Dispositions communes à toutes les pensions	320

a) Cessibilité et saisissabilité.	320
b) Modifications de la pension	320
c) Prescription.	320
6. La question des retenues	320
§ 2. — Voies de droit	323
§ 3. — Charges pécuniaires entraînées par l'entretien du personnel administratif allemand. Statistiques.	326
I. — Empire.	326
II. — Prusse	331
III. — Bavière	332
IV. — Saxe	334
V. — Wurtemberg	335
VI. — Bade	336
VII. — Allemagne entière.	337
VIII. — Charges comparées de l'Allemagne et de la France.	341

CHAPITRE X

Fin du service public	343
I. — Mort du fonctionnaire	343
II. — Destitution ou condamnation	343
III. — Démission	344
IV. — Mise à la retraite.	345
1. Mise à la retraite sur demande du fonctionnaire	345
a) Conditions	346
b) Formes et procédure	347
2. Mise à la retraite d'office.	348
a) Fonctionnaires politiques.	349
b) Fonctionnaires judiciaires.	350
c) Fonctionnaires administratifs, ayant droit à la retraite.	352
d) Fonctionnaires administratifs sans droit à la retraite	354

CHAPITRE XI

Les fonctionnaires et la législation comparée.	355
I. — Recrutement des fonctionnaires.	356
1. Vénalité des offices en France	356
2. Recrutement des fonctionnaires par l'élection populaire.	357
3. Recrutement des fonctionnaires par examens et concours	359
a) États-Unis	359
b) Angleterre	360
c) Suisse	360
d) France et Allemagne	361

II. — <i>Situation pécuniaire des fonctionnaires</i>	363
1. Traitements.	364
2. Pensions.	364
a) Les pensions dans l'ancienne France	365
b) — en Suisse.	365
c) — aux Etats-Unis	367
d) — d'après la législation française actuelle	368
e) — en Allemagne.	370
f) Comparaison entre les pensions de la loi française et celles des lois allemandes	371
III. — <i>Stabilité des fonctions</i>	376
1. Abus produits par l'instabilité des fonctions aux États-Unis	377
2. Fonctions à temps, en Suisse.	379
3. L'instabilité dans les pays parlementaires	380
a) Fonctions politiques	380
b) Fonctions judiciaires	382
α) En Angleterre	383
β) En France	383
γ) En Allemagne.	384
c) Fonctions administratives.	386
α) Angleterre et France	387
β) Allemagne	390

APPENDICE

**Traduction de la loi du 31 mars 1873
sur la situation légale des fonctionnaires d'Empire**

§§ 1-22. — <i>Dispositions générales</i>	394
§ 23. — <i>Déplacement d'un poste dans un autre</i>	401
§§ 24-31. — <i>Mise en disponibilité provisoire</i>	402
§ 32. — <i>Renvoi des fonctionnaires nommés à l'essai, ou sous la ré- serve de dénonciation ou révocabilité</i>	404
§ 33. — <i>Rentrée en charge de fonctionnaires ayant quitté le ser- vice</i>	404
§§ 34-39. — <i>Pensionnement des fonctionnaires. — Droit à la pension</i>	405
§ 40. — <i>Droit aux frais de déplacement</i>	406
§§ 41-44. — <i>Montant de la pension</i>	407
§§ 45-52. — <i>Calcul du temps de service</i>	409
§§ 53-54. — <i>Preuve de l'incapacité de service</i>	412

§§ 55-56. — Paiement des pensions.	412
§§ 57-60. — Réduction, suppression et restitution des pensions. . . .	413
§§ 61-68. — Mise à la retraite d'office.	414
§ 69. — Droits des survivants.	416
§§ 70-71. — Dispositions transitoires.	417
§§ 72-79. — Dispositions générales concernant les fautes profession- nelles et leur punition disciplinaire.	420
§§ 80-119. — De la procédure disciplinaire.	420
§§ 120-123. — Dispositions spéciales aux fonctionnaires de l'administra- tion militaire.	429
§§ 124. — Frais de la procédure disciplinaire.	430
§§ 125-133. — Suspension préalable	431
§§ 134-148. — Dispositions spéciales aux débits des fonctionnaires. . .	433
§§ 149-155. — Voies de droit pour la poursuite des droits pécuniaires des fonctionnaires	438
§§ 156-159. — Dispositions finales.	440

Vu :

Le Président de la thèse,
LARNAUDE.

Vu :

Le Doyen,
E. GARSONNET.

Vu et permis d'imprimer :
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD.

Imp. G. Saint-Aubin et Thevenot.— J. Thevenot, successeur, Saint-Dizier (Hte-Marne)
